

الإطار العام

للقانون الدولي الخاص

و النظرية العامة والضوابط المقررة
لتنازع القوانين وتنازع الاختصاص
القضائي الدولي

دكتور / محمد عبدالله محمد المؤيد

استاذ القانون الدولي الخاص المشارك

بجامعة صنعاء وأكاديمية الشرطة والمعهد العالي للقضاء

عضو اتحاد المحكمين العرب

طبعة مزودة ومنقحة ٢٠١٤ - ٢٠١٥ م

١١/٢٨

لا شك أن القانون الدولي الخاص قانون متطور بصورة غير مألوفة في فروع القانون الأخرى، باعتباره مادة مركبة تتصل بكل فروع القانون و تواكب تطور النشاط الإنساني على مداوم . و الناظر في واقع المجتمع الدولي الحديث يدرك انقسامه الواضح إلى دول عديدة مستقل كل منها بنظامها السياسي، و الاجتماعي، و الاقتصادي، و القانوني. و على الرغم من ذلك فلا تعيش كل دولة من هذه الدول في عزلة عن غيرها، بل تدخل كل منها بدأماً أو عن طريق أفراد شعبها كأطراف في علاقات متبادلة مع مواطني الدول الأخرى حتى في فترات أزمات و الحروب. غير أن تطور الحياة المعاصرة أدى إلى نشوء حاجات جديدة لكل مجتمع وطني، لا يستطيع أن يفي بها منفرداً، خصوصاً و أن عالمنا المعاصر يعيش متغيرات هائلة جعلته رغم اتساعه و ترامي أطرافه بمثابة قرية صغيرة، و استطاعت الوسائل المتقدمة في علم الاتصالات و المواصلات أن تعمل على تزايد تلك العلاقات و اتساع معدلات نموها، و منعت على مجريات النشاط الإنساني العام، مما استتبع ضرورة البحث عن القواعد الملزمة لكم هذه العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي أو ذات طابع دولي في كل مراحل تنظيم هذه العلاقات . و سنعرض في هذا المؤلف الإطار العام للقانون الدولي الخاص في الباب الأول دى والقواعد النظرية العامة لتنازع القوانين في الباب الثاني . ثم نتناول بالدراسة بادئ والقواعد العامة تنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون اليمني والمقارن في باب الثالث .

الباب الأول

الإطار العام للقانون الدولي الخاص والأصول النظرية العامة لتنازع القوانين
وتنازع الاختصاص القضائي الدولي

الناظر في موضوعات القانون الدولي الخاص يجدها نسيجاً واحداً مترابطاً و متكاملأ ، الأمر السلي لا يتأتى معه معرفة موضوع دون الآخر، كما أن هناك علاقة تدرج في البحث و الدراسة و الأعمال هذه الموضوعات بحيث لا يجوز بحث مسألة قبل الأخرى خصوصاً أمام القضاء، و من هنا كان لزاماً علينا أن نلقي الضوء في هذا الباب على الإطار العام للقانون الدولي الخاص بما في ذلك النظرية العامة في فصل أول باعتباره الأساس الذي ينطلق منه الباحث و الدارس في تفكيره و تحليله و استيعابه، ثم نتناول النظرية العامة لتنازع القوانين في الفصل الثاني.

الفصل الأول

الإطار العام للقانون الدولي الخاص

و سنعرض في هذا الفصل أهم الأفكار التي تعد أساساً و مقدمة لفهم مادة القانون الدولي الخاص برمتها نتاؤها تباعاً في خمسة مباحث.

المبحث الأول: تعريف القانون الدولي الخاص و وظيفته المطلب الأول: مفهوم القانون الدولي الخاص

لا شك أن تعريف الشيء هو كشف هويته و مدخل إلى بيان معالمة، و القانون الدولي الخاص كفرع جديد من فروع القانون تعزى تسمى إلى الأمريكي جوزيف ستوري (1834) . فقد اطلقت عليه تعريفات كثيرة لختار الأرجح منها. فعرفه بعض هؤلاء بأنه مجموعة القواعد القانونية ذات الصبغة الفنية التي تحكم النظام القانوني للعلاقات و الروابط الخاصة الدولية. و عرفه آخرون بقولهم: بأنه ذلك الفرع من فروع القانون الذي يعني بتنظيم علاقات الأفراد الخاصة ذات الطابع الدولي عن طريق تمييز الوطني عن "الأجنبي و تحديد قدرة الأجنبي على التمتع بالحقوق داخل إقليم الدولة، و بيان القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقات و احكامه المختصة بنظر المنازعات المتعلقة بها، و بيان آثار الأحكام الصادرة من قضاء دولة أجنبية أو محكمة تحكيم دولية . ونحن إذ نقترح تعريفه بأنه " مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات أو الحالات القانونية الخاصة ذات الطابع الدولي من حيث التمتع بالحقوق، و ممارستها، و حمايتها". كمنضومة متكاملة و متدرجة .

المطلب الثاني

وظيفة القانون الدولي الخاص وأهدافه

يعد وجود علاقة أو حالة قانونية خاصة، أي ذات عنصر أجنبي أو ذات طابع دولي السبب المباشر أو الرئيسي المنشئ للقانون الدولي الخاص، والصفة الدولية للعلاقة تبدو أكثر وضوحاً وأهمية في مجال الاختصاص التشريعي أو نازع القوانين، وهي لا تقل أهمية كذلك في مجال مركز الأجانب، والجنسية والموطن والاختصاص القضائي الدولي بما في ذلك تنفيذ الأحكام الأجنبية.

و اتصاف العلاقة القانونية بالصفة الدولية هو الفيصل بين خضوع هذه العلاقات للقانون الدولي الخاص و خضوع العلاقات ذات الصفة الوطنية للقوانين الداخلية. إذ أن الصفة الدولية تضيف على العلاقة القانونية خصوصية فنية يميزها عن العلاقات الداخلية البحتة، و تتمثل هذه الخصوصية في الاعتبارات التي يراعيها القانون الدولي الخاص، و هي اعتبارات الملائمة و تحقيق الأمان القانوني و توقعات الأطراف و ازدهار العلاقات بما يحقق للأفراد و الدول التقدم و الرخاء، لأن في إخضاع العلاقة ذات الطابع الدولي لنفس النظام القانوني الذي تخضع له العلاقات الوطنية سوف يؤدي إلى إرتباك و ظلم شديدين في حياة المجتمع على الصعيدين الداخلي و الدولي على السواء.

فقد تكون العلاقة صحيحة وفقاً لقانون ما و غير صحيحة وفقاً للقانون الآخر مما يتنافى مع استقرار المعاملات في المجتمع الدولي و يؤدي إلى الاجتفاف بمصالح الأطراف.

و لكن لا يعني هذا أن القانون الوطني يجب أن يتجاهل نهائياً عن حكم هذه العلاقات إذا كان واجب التطبيق أو يتضمن قواعد ذات النطاق عالمي أو وضعت خصيصاً لتنظيم العلاقات الدولية. فامتناع المحاكم عن الفصل في قضية تشتمل على عنصر أجنبي فيه حرمان للأجنبي و الوطني على السواء من التمتع بالحقوق و ممارستها و حمايتها. و ستسلك الدول

نفس المسلك و تكون النتيجة أن تصاب الحياة الدولية بالشلل التام لإحجام الأفراد عن الدخول في معاملات محكوم عليها بالحرمان من كل حماية. و إزاء هذه الاعتبارات أصبح من الضروري وجود قواعد ملائمة تيسر انتقال الأفراد و الأموال و تبادل المنافع و ازدهار العلاقات و تحقق الأمان القانوني و توقعات الأطراف. و من هنا تظهر أهمية مادة القانون الدولي الخاص و وظيفتها ، فهي بحق من أهم و أدق فروع القانون باعتبارها مادة مركبة تتصل بكل فروع القانون ، كما أنها تشكل نقطة التقاء بين قوانين و قواعد تختلف في أصولها و طبيعتها، ثم أنها تنظم العلاقات الدولية منذ نشأتها و على مختلف مراحلها.

ويمكن أن تتلخص وظيفته وأهدافه في التيسير والأمان القانوني لانتقال الأفراد والسلع والخدمات والأموال والمعلومات عبر الحدود وتحقيق التعاون و التماسق والتوازن والنفذ الدولي للحلول والأحكام.

المبحث الثاني

مفهوم العلاقة القانونية الأجنبية و عناصرها

تتميز العلاقات القانونية ذات الطابع الدولي عن العلاقات الوطنية المحضه بكون أحد عناصرها أجنبياً، ويمكن تعريف العلاقة القانونية الأجنبية بأنها العلاقة التي تقوم بين شخص و آخر و تحددها قاعدة قانونية. ويترتب عليها أثر قانوني و تتكون العلاقة القانونية من ثلاثة عناصر:

العنصر الأول: هو سبب العلاقة، كالفعل أو التصرف المنشئ للعلاقة. كالفعل الضار أو العقد.

العنصر الثاني: هو أطراف العلاقة، كمحدث الضرر والمضرور، والبائع والمشتري .

العنصر الثالث: هو موضوع العلاقة ، وهو عادة عمل أو امتناع عن عمل . ويرتبط بموضوع العلاقة الشيء المادي الذي تنصب عليه العلاقة، كالمال المبيع .

فإذا تطرقت الصفة الأجنبية إلى أحد عناصر العلاقة الثلاثة عدت العلاقة ذات عنصر أجنبي أو ذات طابع دولي . وذلك كما لو كان العقد أو الفعل الضار المنشئ للالتزام في الخارج، و كذلك الحال لو كان أحد طرفي العلاقة أو كلاهما ينتمي إلى دولة أجنبية، أو كان موضوع العلاقة يرتبط بإقليم دولة أجنبية أما إذا كانت العلاقة وطنية بحتة كان من السهل معرفة القواعد التي تحكمها، إذ يطبق القاضي الوطني - في هذه الحالة - قواعد القانون الوطني التي يدخل في نطاقها النزاع.

فلو باع وطني بصنعاء بضاعة إلى وطني آخر بتعز فإن شروط العقد و انتقال الملكية تحكمها قواعد القانون المدني اليمني. أما لو باع يمني إلى مصري في بريطانيا عقاراً في فرنسا فإن السؤال يثور حول القواعد التي تحكم شروط العقد و انتقال الملكية في هذه الحالة، هل هي قواعد

القانون اليميني أم قواعد القانون الفرنسي، أم قواعد القانون المصري، أم البريطاني، أو متى تتوافر
رابطة جدية بين المحكمة المختصة و القانون الواجب التطبيق.

بيان توضيحي عن:

متى تكون العلاقة دولية؟ أو كيف يتطرق العنصر الأجنبي للعلاقة؟
أو متى تتوافر رابطة جدية بين النزاع وبين المحكمة المختصة والناون الواجب لتطبيق

يتطرق العنصر الأجنبي إلى أحد عناصر العلاقة الثلاثة أو جميعها..

أطراف العلاقة	سبب العلاقة	محل أو موضوع العلاقة
---------------	-------------	----------------------

الضار والمضروب والبائع والمشتري	الفعل الضار أو عقد البيع	الضرر أو المسؤولية أو الشيء المبيع
------------------------------------	-----------------------------	---------------------------------------

- (1) باع يمني إلى فرنسي في اليمن عقاراً في اليمن
- (2) تبايعا يمنيان في فرنسا عقاراً في اليمن
- (3) تبايعا يمنيان في اليمن عقاراً في فرنسا
- (4) باع يمني إلى مصري في بريطانيا عقاراً في فرنسا

معنى هذا أن عناصر العلاقة تتصل بقوانين دول، فهل يمكن أن تخضع العلاقة لقانون منبت الصلة بما ؟

و لكن يمكن أن يخضع الأطراف للعقد لقانون منبت الصلة عن الدول المتصلة بالعلاقة كأن يخضاه لقانون يقرر الصيغة النموذجية للعقد الذي اختاره الأطراف. كعقود تجارة الحبوب ،

والنقل والتأمين البحري والعقود النموذجية . هذه العلاقات تشير مشاكل كثيرة نتعرف عليها من خلال موضوعات القانون الدولي الخاص.

المبحث الثالث

الصياغة الفنية لقواعد القانون الدولي الخاص

أدى اختلاف موضوعات القانون الدولي الخاص ووظيفته إلى إختلاف صياغة قواعده، بحيث تتلائم مع طبيعة المسألة المراد تنظيمها و مع الغرض المراد تحقيقه في كل حالة. و من هنا يمكن تقسيم قواعد القانون الدولي الخاص إلى فئتين رئيسيتين: الأولى: قواعد الجنسية و مركز الأجانب و الموطن و تنازع الاختصاص القضائي الدولي و هي في أغلبها قواعد موضوعية مباشرة، أما الثانية فتتضم قواعد تنازع القوانين و هي في معظمها قواعد إسناد و غير مباشرة. مما يتوجب علينا أن نبين تعريف و خصائص و مكونات و مصادر كل نوع من هذه القواعد.

المطلب الأول

القاعدة الموضوعية المباشرة

أولاً: تعريف القاعدة الموضوعية المباشرة:

هي القاعدة ذات المضمون الدولي الموجودة أصلاً أو المعدة خصيصاً لتحديد المركز القانوني أو الحكمة المختصة و القانون الواجب التطبيق بالذات لا بالوصف أو تعطي حلاً مباشراً ينهي النزاع أو يتفاده في علاقة خاصة ذات طابع دولي. كالقاعدة التي تجيز شرط التعامل بالنقد الأجنبي في المعاملات الدولية فهي قواعد حاسمة للنزاع مباشرة

ثانياً: خصائص القاعدة الموضوعية و مكوناتها:

(1) القواعد الموضوعية قواعد قانونية، بوجبة مفردة الجانب معقدة المضمون

، مباشرة فهي مضمونها،

فقانونية القواعد الموضوعية، هو توفر الخصائص العامة للقاعدة القانونية عموماً، فهذه القواعد تشكل قواعد قانونية حقيقية تستمد صفتها أو قيمتها القانونية القاعدية و على غرار القانون الوضعي من عدة عوامل، و استجمعت بالتالي الخصائص اللازمة لكيان هذه القواعد.

أما نوعية القواعد الموضوعية فتتمثل في حلولها الخاصة التي تأخذ في الإعتبار خصوصية العلاقات الدولية سواء أكانت هذه القواعد تمثل مبادئ مشتركة و ذات انطباق عالمي أو أنها شرعت خصيصاً من أجل هذه العلاقات و تحل مباشرة مشكلاتها مراعية الأنشطة النوعية الخاصة الدولية التي أكد الفقه و القضاء سلامتها و حقيقتها، و هي تأكيد المشرع الوطني و الدولي و التجار و رجال الأعمال، حيث قدروا جميعاً ضرورتها و التأكيد على صلاحيتها.

أما إذا مفردة فلأنها تحدد القاعدة أو القانون بالذات لا بالوصف . أما مضمونها
فمحدد ومتضمن حكم القانون أما عن الصفة الموضوعية أو المباشرة للقواعد الموضوعية فهي
من أهم خصائصها المتميزة. فالمضمون الموضوعي أو التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية يعطينا
حكم القانون في المسألة، وليس البحث عن أي القوانين يسند إليه حكم المسألة ، مما يصون
توقعات الأطراف منذ البداية، باعتبار أن الإحترام المتطلب لتوقعات الأفراد من أهم أهداف
القانون الدولي الخاص المعاصر، كما أنها قواعد سهلة في العلم والتطبيق للأطراف والقاضي
أو المحكم.

فمن خلال هذه الحقيقة نتحقق للقاعدة الموضوعية وظيفتان هامتان هما: الوقاية والعلاج،
فالوظيفة الوقائية تتمثل في الحلولة دون وقوع النزاع بين الأفراد ويستعان بها في المرحلة
الأولى لتنظيم المراكز القانونية أو نشوء النزاع، وهي الوظيفة الأولى للقانون بوجه عام.

أما الوظيفة العلاجية فهي تعطي حلاً مباشراً ينهي النزاع، وإذا كان التطبيق المباشر
للقواعد الموضوعية يستجيب لروح العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي ويعبر عن تطور
مرغوب فيه فإن الأمر يختلف عن سائر القواعد الأخرى ومنها ذات التطبيق الضروري و
قواعد الإسناد، ويتجنب أوجه النقد الموجه إليهما. أهمها ما يتصل بمنهج قواعد
الإسناد، كوسيلة غير مباشرة وغير محددة المضمون مجهولة النتائج وطنية المصدر و الموضوع
غالباً يستخدم عمليات شاققة ومعقدة. وفيما يخص القواعد ذات التطبيق الضروري
كوسيلة وطنية المصدر و الموضوع لا تراعى أي قدر للعلاقة ذات الطابع الدولي حتى ولو أدى
إلى الإضرار بها و بمصالح الدولة ذاتها و أفرادها.

(2) القواعد الموضوعية قواعد دولية، عالمية، موحدة فهي أغلبها:

إذا كان القانون الدولي الخاص قانون علاقات دولية فلا بد أن يستهدف عالمية
الحلول، وهذه الغاية ليست أمراً مستحداً فقد سعى إليها الفكر التقليدي السدولي
النسزعة و الوطني على السواء، كما أن الرغبة في ظهور القانون العالمي يتجلى ليس عند

القانونين وحدهم - و دورهم في عمليات التوحيد القانوني الدولي سعياً إلى تحقيق القانون العالمي - بل سعت الدول ذاتها، وكذا المنظمات الدولية الحكومية و غير الحكومية لتحقيق الحلول الدولية الموحدة، و كانت القواعد الموضوعية هي الوسيلة المفضلة في تحقيق هذه الغاية. كون من سمات هذه القواعد، الدولية و العالمية.

فبقى القواعد الموضوعية كالقواعد ذات الطابع الأمر المطلق أو قواعد النظام العام الدولي بمفهومه الحقيقي هي ذات تطبيق و قبول عالمي. ثم إن العالمية و الدولية سمة من سمات القواعد الموضوعية الموحدة، و ذلك لعدة أسباب: لأن القانون الموضوعي الموحد يحقق مرونة أكثر، و لأن قواعده تضع معايير واقعية، بحيث لا يتوقف تطبيق أحكامها على جنسية الأطراف حتى و لو كانوا من رعايا دولة غير متعاهدة ما دامت العلاقة قد استوفت شروطها المحددة، كما أن القواعد الموضوعية هي الوسيلة المفضلة للتوحيد، لأنها تستأصل التنازع بين القوانين من جذوره.

ثم إن من سمات هذه القواعد الموحدة أن تجعل أطراف العلاقات في الدول المتعاهدة و قضائها لديهم المعرفة الكاملة بصورة سهلة و واضحة بل و أكيدة بمضمون هذه القواعد الموضوعية الموحدة، و ثبت الطمأنينة لدى أطراف العلاقة و نزع شكوكهم في ثبات القواعد التي تحكمها و منع الأطراف من العبث بها.

إذ كيف يطمئن أطراف علاقة قانونية ذات خصوصية دولية على حقوقهم و أمواهم الباهضة إذا كانوا لا يعلمون ابتداء أي قانون سيطبق عليهم، و بفرض إمكان معرفة هذا القانون مسبقاً، فإنه سيكون على أية حال قانوناً وطنياً غير معد لمواجهة مثل هذا النوع من العلاقات المتغيرة بأثواب جديدة، فضلاً عن إنه غريب على أحد أطراف العلاقة إن لم يكن غريب بالنظر إليهما معاً.

إذن ضرورة استقرار الحياة الخاصة ذات الطابع الدولي تتطلب الوضوح للقواعد القانونية التي تحكم هذه العلاقات و تستجيب لمقتضاها، حتى أصبح من المقرر أن هناك قانوناً تجارياً عالمياً

أو مشتركاً بين الأمم و الأفراد، أو قانوناً عالمياً بحرياً، أو قانون التحكيم التجاري الدولي ذي التشريع العالمي من حيث النشأة و الغرض و القبول، أو القانون الدولي للملكية الفكرية، أو قواعد دولية لتفسير المصطلحات التجارية ذات المدلول الواضح و القبول العالمي، أو قانون الإعتمادات المستندية للعالم بأسره، أو عقود الأنكوتيرمز عالمية التطبيق في أنحاء العالم دون تمييز بين دولــــة و أخرى، أو القانون الجوي ذي الصفة العالمية، أو مشروع تقنين المدونة الدولية لقواعد السلوك في نقل التكنولوجيا كتقنين عالمي

(3) القواعد الموضوعية قواعد ممتدة، ملائمة، واقعية واضحة المعالم معلومة النتائج فهي حلولها،

فالسهولة في العلم بالقاعدة الموضوعية و في تطبيقها من الخصائص الصيقة بها، لأن السرعة و الأمان و توقع الحلول من أهم متطلبات العلاقات الدولية، خصوصاً في مجال العقود الاقتصادية الدولية بفروعها الثلاثة التجارية و المالية و الإستثمار، كعلاقات معاصرة معقدة و متشابكة، حيث تأخذ أهمية خاصة و متزايدة لانسامها بسرعة الإيقاع و تتطلب نوعاً من الأمان و اليقين القانوني، و هذه المقتضيات تتوفر بلا شك في القواعد الموضوعية.

فالسهولة و الوضوح و العلم المسبق بهذه القواعد يحقق لأطراف العلاقة و القضاة و المحكمين معرفة حكم القانون و مضمون الحل الواجب التطبيق في المسألة سلفاً، أي أن هناك تفديراً مسبقاً للنتائج في القواعد الموضوعية كما أنها واضحة المعالم معلومة النتائج لقوة صلتها بالأطراف والقضاء .

ففي القواعد الموضوعية للعقود النمطية تكفي إشارة بسيطة إلى عقد نمطي معين بواسطة توكس أو تليفون أو فاكس أو جهاز الأنترنت يستغرق خطوات لتحديد التزامات المتعاقدين بدقة.

و لعل السرعة و الملاءمة هما سر الإعتراف للحرية التعاقدية بنطاق أكثر شمولاً لتقدير مقتضيات العقود الاقتصادية، إذ لا يمكن بلوغ السرعة و إبرام الصفقات التجارية الكبيرة و تحقيق الأمان للعقد إلا إذا سمح للأطراف بأن يخضعوا عقودهم للقواعد القانونية التي يدركون أنها أكثر مناسبة لهم، حتى و لو كانت هذه القواعد مخالفة للقواعد الآمرة نسبياً في دولة القاضي.

فإباحة شرط الذهب مثلاً توجب اطمئنان المتعاملين فيها إلى القيمة الاقتصادية الحقيقية و لن يتأتى حساب هذه القيمة في ظل التقلبات النقدية الكثيرة، و بهذه المثابة يحق لهؤلاء المتعاملين تضمين عقودهم هذا الشرط حتى تتحقق الغاية المرجوة.

كما أن من مقتضيات هذه العقود حسم النزاعات التي تنور في وقت قصير وبيعاء مالية قليلة، فضلاً عن توفير الوقت و الجهد و استمرار العلاقة أو المشروع، و لن يتأتى ذلك دون تضمين العقود البرمة من شرط التحكيم، و على هذا الأساس فإن الحاجة دعت إلى إباحة هذا الشرط و الخروج عن القواعد الآمرة الداخلية التي تحظره، دفعاً لحركة رأس المال الدولي و تيسير التجارة الدولية و تحقيق مصالح الدول جميعها.

أما واقعية هذه القواعد فقد صيغت لمواجهة مواقف واقعية دولية، لأن الإلتجاء إليها يسمح بحل بعض الصعوبات الناتجة عن ظروف الواقع، فالاعتبارات العملية بصفة خاصة هي أساس التسليم بالقواعد الموضوعية، مما جعل مجاها يتسع و يتجدد كل يوم.

في الواقع نحن نعيش في عصر يتجلى فيه تأثير التقدم العلمي و التكنولوجي على قانون العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي و كلما ازداد التطور العلمي ثمواً كلما أصبح القانونيون و المشرعون أكثر يقظة و أصبحت الدول أكثر تسامحاً و واقعية في الإعتراف و التطبيق لقواعد أجنبية أو أعرف دولية.

كما أن الواقع نشأت من أجله المنظمات الدولية و جهودها الجبارة في عمليات التوحيد في مجالات شتى فبعدها و مجاها.

(4) قواعد متزايدة و منضومة.

فهذه القواعد تزداد يوماً بعد يوم بحكم قدرتها على استيعاب تطورات العصر، و متفوقة على غيرها من الحلول لخصائصها و قدرتها على تحقيق التوازن و الأمان و تعدد مصادرها الوطنية و الدولية و ملاءمتها لجميع المجالات و المعاملات التجارية و المالية و المصرفية و الفكرية... إلخ.

(5) قواعد عرفية تقتضيها ضوابطها الشرعية في أصل نظامها .

فأصل هذه القواعد نشأت في عرف التجارة الدولية ثم درج لها الفقه أو أثرها واقتراح حلولها وأرسي القضاء الكثير منها وسبقت كل المصادر ، منها الشريعة الإسلامية ، فمجموع قواعدها هي قواعد موضوعية .

ثالثاً: مصادر القواعد الموضوعية:

قد يكون مصدرها وطني سواء عن طريق التشريع أو القضاء وقد يكون مصدرها معاهدات دولية أو قضاء التحكيم الدولي وأخيراً قد يكون مصدرها العرف والممارسات الدولية والفقه الوطني والدولي.

المطلب الثاني

القواعد غير المباشرة

و هي القواعد التي تنصل بتنازع القوانين غالباً.

أولاً: تعريف قاعدة الإسناد غير المباشرة: هي القاعدة التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق، فهي قاعدة إرشادية تحدد القانون بالوصف لا بالذات كالقاعدة تقضي بخضوع الحالة و الأهلية لقانون الجنسية. وهي قواعد غير حسامة للتزاع مباشرة

ثانياً: خصائص قاعدة الإسناد: و يمكن القول بأن قاعدة الإسناد تتحلل و تتكون من ثلاثة عناصر هي الفكرة المسندة، و ضابط الإسناد، و القانون المسند إليه، و سنعرض لها بالتفصيل في حينه. أما خصائصها فتتمثل فيما يلي:

(1) قاعدة الإسناد قائمة غير مباشرة:

هي قاعدة محايدة لا تتكفل مباشرة بإعطاء الحل النهائي للنزاع أي أنها قواعد غير مباشرة في حين أن سائر القواعد المنظمة للعلاقات ذات الطابع الدولي هي عادة من قبيل القواعد المباشرة كالقواعد الموضوعية.

(2) قاعدة الإسناد قائمة غير محددة المضمون:

فلا تقوم قاعدة الإسناد بتحديد قانون دولة معينة بالذات لحكم العلاقة ذات الطابع الدولي، وإنما تتكفل بالربط بشكل مجرد بين طائفة معينة من العلاقات ذات الطابع الدولي و أحد القوانين المرشحة لحكم العلاقة، فهي تنص فقط على أن العلاقة يحكمها القانون الذي يرتبط بالعنصر الأساسي في العلاقة، فقاعدة الإسناد الخاصة بالأهلية مثلاً تقتصر على تقرير

مبدأ إخضاع الأهلية لقانون جنسية الشخص أيا كانت جنسيته في حين القاعدة الموضوعية
قاعدة محددة المضمون إذ تحدد مباشرة أن الشخص يعد راشداً إذا بلغ 18 عاماً.

(3) قاعدة الإسناد قاعده مزدوجة:

قاعدة الإسناد تحمل في طياتها مضموناً مزدوجاً من شأنه إمكان تطبيق القانون الوطني و القانون الأجنبي على حد سواء، فعندما تقضي قاعدة الإسناد بخصوص آثار الزواج لقانون جنسية الزوج فإن ذلك قد يؤدي إلى تطبيق القانون الوطني إذا كان الزوج و طنياً، كما قد تؤدي إلى تطبيق القانون الأجنبي إذا كان الزوج أجنبياً، في حين القاعدة الموضوعية قاعدة مفردة الجانب إذ تحدد مباشرة خضوع الزواج لقانون معين بالذات أو حكم هذا القانون فيه. كالمادة 26 مدني يمني.

ثالثاً: مكوّنات القاعدة:

- 1- الفكرة المسنده وهي الحالات القانونية المتقاربة والمتشابهة.
- 2- ضابط الإسناد وهو المعيار المختار ونقطة الارتكاز الذي يبين الطريق إلى القانون الواجب تطبيقه.
- 3- القانون المسند إليه: وهو القانون الذي تم اختياره من بين القوانين المتزاحمة بعدموازنة وانتفاء لقوة صلته بالتزاع.

وأخيراً : مصادر قاعدة الإسناد، غالباً مصدرها التشريع الوطني و قد يكون مصدرها المعاهدات الدولية و الفقه. و لكن يلاحظ أن قواعد التنازع تضم أيضاً قواعد موضوعية تنظم العلاقات خصوصاً في العقود الاقتصادية و النقل البري و البحري و الجوي، كما تضم أيضاً ما نطلق عليها القواعد ذات التطبيق الضروري أو تأمين المجتمع أو البوليس، و يجسّن بنا أن نعرض هذه الأخيرة بشيء من البيان.

أولاً : تعرضت القواعد ذات التطبيق الضروري : هي القواعد التي تلازم التدخل الاقتصادي و الاجتماعي للدولة، و التي يقصد من ورائها حماية الأسس الاقتصادية و

الاجتماعية و السياسية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي . كالقاعدة التي تحدد سعر الصرف
أو حماية المستهلك أو تحريم التعامل بالنقد الأجنبي ..

ثانياً: خصائصها:

(1) إنها قاعدة ترمي إلى تحقيق و حماية المصالح الحيوية و الضرورية الاقتصادية و الاجتماعية للدولة، و التي يترتب على عدم احترامها إهدار ما تبغيه السياسة التشريعية.

(2) إنها تحمي مصالح الطرف الوطني الضعيف - في العلاقة ذات الطابع الدولي - و هو المستهلك و نحوه.

(3) إنها قواعد ذات مضمون موضوعي مباشر.

ثالثاً: مصادرها: هي قواعد ذات مضمون و مصدر و طئي و لكنها تسري على العلاقات الدولية، مع مراعاة عدم الإفراط في تطبيقها لأنها قد تحدّد مصلحة العلاقات الدولية و الوطنية على السواء.

المبحث الرابع

موضوعات القانون الدولي الخاص و مصادره

المطلب الأول

موضوعات القانون الدولي الخاص

الناظر إلى قواعد القانون الدولي الخاص و موضوعاته يجد أن كل موضوع من موضوعاته متوقفاً على ما قبله و على مراحل علاقات الأفراد في ميدان العلاقات ذات الطابع السندولي، و تنحصر في ثلاث مراحل أساسية:

المرحلة الأولى، هي مرحلة: التمتع بالحقوق.

المرحلة الثانية، هي مرحلة: ممارسة الحقوق.

المرحلة الثالثة، هي مرحلة: حماية الحقوق.

أولاً: الفواعل المنظمة للتمتع بالحقوق:-

اما المرحلة الأولى فهي المرحلة الخاصة بالتمتع بالحقوق، أي المرحلة التي نبحث فيها مدى قدرة الفرد على التمتع بحق معين داخل الدولة. ففي هذه المرحلة نعالج مسألة أولية ضرورية هي مسألة ثبوت أهلية الوجوب للفرد بالنسبة للحق المراد ممارسته، و من ثم يتعين البت في هذه المسألة قبل بحث كيفية اكتساب هذا الحق و حمايته و نفاذه ، و هذه المسألة لا تعرض إلا بالنسبة للأجانب، لأن العلاقة إذا كانت متعلقة بحق لا يجوز للشخص التمتع به داخل الدولة فإن بحث القانون الذي يحكم العلاقة لا يثور. من ذلك مثلاً أن يحرم قانون الدولة على الأجنبي من حق تملك الأراضي الزراعية أو حق التقاضي و هي:

(1) قواعد مركز الأجانب: و قواعد مركز الأجانب هي التي تعالج مسألة ثبوت أهلية

الوجوب للأجنبي بالنسبة للحق المراد إكتسابه. و هي تميز لنا مدى الحقوق المدنية أو الخاصة التي يتمتع بها الأجنبي سواء أكان شخصاً طبيعياً أم شخصاً اعتبارياً، كالحق في التقاضي و الحق في التملك، و مدى تمتع الأجانب بالحقوق العامة كالحق في الإقامة و حرية التنقل داخل إقليم الدولة و الحق في الإنتفاع بالمرافق العامة، و لا تعني بيان ما يتمتع به الوطنيون من حقوق في إقليم دولة أجنبية فهذا أمر يتفرد به مشرع كل دولة بالنسبة لإقليم دولته باعتبار هذه قواعد موضوعية مفردة الجانب.

(2) قواعد الجنسية: و تشترك قواعد الجنسية مع قواعد مركز الأجانب في معالجة هذه

المسألة الأولية الخاصة بالتمتع بالحقوق، فبحث مدى تمتع الشخص بحق معين لا يثور إلا إذا ثبت عدم انتمائه إلى جنسية الدولة، فقواعد الجنسية هي التي تميز الوطني عن الأجنبي و تحدد ركن الشعب و توزيع الأشخاص توزيعاً دولياً.

و للتمييز بين الوطني و الأجنبي أهمية بالغة من حيث التمتع بميزات لا تتوافر بالنسبة للأجنبي و يظهر ذلك بصفة خاصة في مجال الحقوق السياسية كحق الإنتخاب، و الحق في التوظيف، و كذا تمتع الوطني بحماية الدولة إذا ما وجد خارج إقليمها عن طريق بعثاتها الدبلوماسية، و عدم إبعاده عن إقليمها. و يخضع الوطني مقابل ذلك لأعباء لا تفرض على الأجنبي، مثل أداء الخدمة العسكرية.

كما تظهر أهمية الجنسية، كضابط إسناد أو معيار اختصاصي للقانون الواجب التطبيق و القضاء المختص في الدعوى المرفوعة أمام محاكم الدولة، و هي كذلك قواعد موضوعية مفردة الجانب تحدد شروط إكتساب و فقد و إسترداد الجنسية الوطنية أو الأجنبية و لا يمكن بحال أن تتعرض لبيان تلك الشروط للدول الأخرى و إلا اعتبر ذلك تدخلاً في سيادتها.

(3) الموطن: و هو صلة بين الشخص و المكان. و قد كانت تلك الصلة قبل ظهور فكرة

الجنسية تؤدي ما للجنسية من مدلول سياسي. و يتحلل الوطن إلى عنصرين:

1- لمصدر هاجدي، و هي الإقامة في مكان معين على وجه الاستقرار.

2- لمصدر معنوي، و هو اتجاه نية الشخص إلى اتخاذ هذا المكان مقراً دائماً له.

و تبدو أهمية الموطن في كل موضوعات القانون الدولي الخاص، ففي نطاق تنازع القوانين يبرز الموطن كطرف من ظروف الإسناد اعتدت به بعض التشريعات لتحديد القانون المختص، و في دراسة الجنسية أثر التوطن في إنشاء الجنسية و كسبها و فقدها و تنازع الجنسيات. و في مركز الأجانب يتمتع الموطن بميزات أكثر من غيره و لا سيما أحكام الإقامة و الأبعاد. و تبدو أهميتها كذلك في مجال الاختصاص القضائي الدولي في عقد الاختصاص لحكمة الموطن و هي قواعد موضوعية مفردة الجانب إذ أن كل دولة هي التي تحدد مفهوم الموطن و مداه.

فإنها: القواعد المنظمة لممارسة الحقوق: "قواعد تنازع القوانين"

فممارسة الحقوق المتولدة عن العلاقات تفترض التمتع بها مقدماً و قد فرغنا من بحثها و تبين لنا ثبوت أهلية الوجوب للأجنبي بالنسبة لحق معين، نتقل حينئذ لنبحث المرحلة التالية و هي المرحلة التي تنشأ فيها العلاقة القانونية و يتم فيها اكتساب الحق و نفاذه، و في هذه المرحلة يتعين معرفة الحل القانوني الذي ينظم هذه العلاقة أو هذا الحق من نشأته إلى انقضائه. فلو باع عني إلى أمريكي - مثلاً - مالا كائناً في فرنسا، فإن العلاقة هنا اتصلت بأكثر من دولة و هذه الصفة تكفي لتشريع قانون كل من هذه الدول لحكم العلاقة. هذا التل يبين لنا أن القانون الوطني لا ينفرد هنا بأحقية حكم العلاقة الدولية بل يزاحمه في ذلك قوانين الدول الأجنبية الأخرى التي اتصلت بعناصر العلاقة. ويطلق على هذا التزاحم أو التعدد للقوانين في لغة القانون الدولي الخاص اصطلاح تنازع القوانين، وهذا الاصطلاح غير مطابق للواقع - غالباً - إذ يوحي بأن قوانين الدول المختلفة تنازع القانون الوطني في حكم العلاقة، و هو أمر لا تملكه في نزاع مطروح أمام القاضي الوطني، فهذا التزاحم لا يقوم إلا في ذهن المشرع الذي يختار

أنسب القوانين لحكم العلاقة، بهدف تحقيق التناسق بين قانون دولته وقوانين الدول الأخرى المتصلة بالعلاقة، حتى أن البعض عبر عن ذلك باصطلاح تناسق القوانين، أو تعدد القوانين و المفاضلة بينها و اختيار أنسبها. و نحن نعرفه بأنه تعدد أو تراحم قانونين أو أكثر لدولتين أو أكثر للفصل في نزاع أو مسألة دولية و المفاضلة بين هذه القوانين و اختيار أنسبها إنسجاماً مع العلاقة بعد موازنة و انتقاء. مع ملاحظة أن بحث الحل القانوني عملياً يتم بعد بحث الاختصاص القضائي الدولي، فبحث هذا الأخير يسبق بالضرورة بحث الأول.

ثالثاً، القواعد المنظمة لحماية الحقوق: "قواعد الاختصاص القضائي الدولي"

أما المرحلة الثالثة، فهي الخاصة بحماية الحقوق عن طريق القضاء، فالحقوق التي يقرها القانون للأفراد تظل في الواقع عديمة الجدوى إذا لم يستطع أصحابها حمايتها عن طريق القضاء عندما يقع عليها اعتداء، ويثور بشأنها النزاع، وفي هذه المرحلة يتعين على القاضي المرفوع إليه النزاع البحث عما إذا كانت هذه المنازعة تدخل ضمن ولاية محاكم دولته بوجه عام أم لا، وهو في ذلك يستعين بقواعد الاختصاص القضائي الدولي في قانون دولته والتي تحدد الحالات التي تختص فيها محاكم الدولة بنظر المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي.

أما إذا لجأ المدعي إلى محاكم دولة أجنبية أو محكمة تحكيم دولية وحصل على >

لحقه و أراد الاحتجاج بهذا الحكم أمام المحاكم الوطنية أو بتنفيذه فإن قواعد الاختصاص القضائي الدولي هي التي تعين مدى إمكان تنفيذ هذا الحكم ومدى الحجية التي يتمتع أمام المحاكم الوطنية، والآثار التي يمكن أن تترتب على الحكم الأجنبي، والشروط اللازم توافرها لكي ينتج هذه الآثار. و عليه يمكن تعريف تنازع الاختصاص القضائي الدولي بأنه تعدد أو تراحم محكمتين أو أكثر لدولتين أو أكثر في نزاع ذي طابع دولي و المفاضلة بين هذه المحاكم اختيار أكثر المحاكم صلة بالنزاع. و لا شك أن هدف التنازع القضائي والتشريعي هو وضع حد لذلك التزاخم بين جملة محاكم تنمسل بأفضلية اختصاصها و جملة قوانين تتدعي بأحقية انطباقها.

المطلب الثاني

مصادر القانون الدولي الخاص

بالرغم من أن القاضي الوطني هو الذي يقوم بالفصل في أغلب منازعات القانون الدولي الخاص فإنه لا يقتصر على استخلاص القواعد التي يطبقها من المصادر الوطنية بل إنه يستمدّها من مصادر دولية أحياناً، وتنقسم مصادر القانون الدولي الخاص من حيث قوة إلزامها للقاضي إلى فئتين. فئة تتوافر لها صفة الإلزام ويمكن تسميتها بالمصادر الرسمية و فئة يرجع إليها على سبيل الاستئناس، وهي مصادر لا تتوافر لها صفة الإلزام، ويمكن أن يطلق عليها مصادر غير رسمية أو مصادر تفسيرية.

أولاً: المصادر الرسمية،

و يندرج تحت هذه الفئة التشريع الوطني في الدولة، وكذا العرف و المعاهدات الدولية، و مبادئ القانون الدولي الخاص.

(1) التشريع:

هو القوانين المكتوبة التي تصدر عن إرادة المشرع و التي يأتمر بها القاضي في ما يعرض عليه من مسائل، و يعد التشريع المصدر الأول للقانون الدولي الخاص، بل للقانون على وجهه العموم، و تختلف أهمية التشريع كمصدر للقانون الدولي الخاص تبعاً لاختلاف موضوعاته.

فبالنسبة للجنسية لا ينظمها سوى المشرع الوطني. إذ لا يمكن أن يترك تكوين الدولة لتنظم بقواعد عرفية أو غير واضحة المعالم.

و بالنسبة لمركز الأجانب و إن كان حظه في التشريعات قليل إلا إن مختلف التشريعات قد نظمت حق الأجانب مع تفاوت بينها سعة و ضيقاً.

و في نطاق تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدولي حيث نشأت قواعد التنازع على يد الفقه منذ القرن الثالث عشر و طبقها القضاء قرونًا عديدة إلى أن تبهوا مشرعو الدول إلى ضرورة صياغة قواعد القانون الدولي الخاص في قالب تشريعي.

كذلك لم يلق تنازع الاختصاص القضائي العناية الكافية في غالبية التشريعات إلا في تاريخ حديث نسبيًا منذ أواخر القرن التاسع عشر أو العشرين.

(2) المعاهدات:

و هي اتفاق بين دولتين أو أكثر لتنظيم مسألة معينة، و يطلق على المعاهدة بين دولتين بالمعاهدة الثنائية، أما إذا عقدت بين مجموعة من الدول فتسمى بالمعاهدة الجماعية. و قد تنص المعاهدة الجماعية على إتاحة انضمام أية دولة لم تشترك في الإتفاق الأساسي إليها. غير أن فوائد هذه المعاهدات تظل نسبية من حيث قوة إلزامها، إذ أن الأحكام التي تتضمنها لا تسري إلا في مواجهة الدول الأطراف فيها. و للمعاهدات أهمية كبيرة لعلاج انعدام و ازدواج الجنسية، و كفالة حقوق أفراد كل دولة خارج إقليمها. و في مجال تنازع القوانين لا يقتصر دورها على معالجة مشكلة تنازع القوانين بل يمكن أن تمتد إلى جدور ظاهرة التنازع نفسها فيقضي عليها من أساسها بالتوحيد للقوانين. و في مجال الاختصاص القضائي، فقد تنفق الدول على وضع قواعد مشتركة لتحديد الاختصاص الدولي لمحاكم كل منها أو لتنظيم بعض الإجراءات المتبعة أمام محاكمها. و تبرز أهمية المعاهدات بصفة خاصة في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية، فكثير ما تهدف المعاهدات الدولية إلى التخفيف من هذه الشروط التي تتطلبها الدول عادة لتنفيذ الأحكام الأجنبية داخل إقليمها، و المعاهدات هي الوسيلة الفعالة لمشاركة الدول النامية في صنع القواعد الجديدة إذا توحدت رؤىها.

(3) العرفية:

هو مجموعة القواعد القانونية الناتجة عن السلوك المضطرد في مسألة معينة اضطراراً مصحوباً بالإعتقاد بأن هذا السلوك يحمل صفة الإلزام. ويشترط لإرتقاء حكم معين إلى مرتبة القاعدة العرفية ان يتوافر فيها ركنان أساسيان:

الأول: ركن مادي مقتضاه، اضطراد العمل بالحكم خلال فترة من الزمن، و لكي يتحقق هذا الركن يجب أن يتوافر في الحكم وصف الاضراد و التقدم و العموم.

الثاني: ركن معنوي، مقتضاه رسوخ الإعتقاد بأن الحكم أصبح واجب الإلتباع باعتباره قاعدة قانونية لها ما لسائر القواعد القانونية من قوة الإلزام وإن كان التقدم التكنولوجي قد غير هذه القاعدة وأصبح للقاعدة اعتراف بمجرد رضی المتعاملين بها ، كالاتعمادات المستندية والمصطلحات التجارية لفرقة التجارة الدولية بباريس .

و تظهر أهمية العرف في سائر موضوعات القانون الدولي الخاص، فقد كان و لا زال للعرف دور أساسي في تحديد قواعده، ما عدى الجنسية التي يستقل المشرع بتنظيمها.

(4) مبادئ القانون الدولي الخاص:

تنص المادة (34) من القانون المدني اليمني رقم (19) لسنة 1992م "لا تخل الأحكام المتقدمة بتطبيق القواعد التي ينص عليها قانون خاص أو اتفاق دولي أو معاهدة دولية نافذة في الجمهورية فإنها تطبق دون أحكام المواد السابقة، و إذا لم يوجد نص في قوانين الجمهورية يحكم مسألة تنازع القوانين المعروضة على القضاء، فيرجع إلى قواعد القانون الدولي الخاص المتعارف عليها دولياً ما لم يتعارض أي من ذلك مع أحكام الشريعة الإسلامية.

و يلاحظ أن المشرع اليمني خص قواعد تنازع القوانين بمصدر احتياطي يرجع إليه القاضي إذا لم يسعفه نص تشريعي، حيث أن المشكلات التي تثيرها العلاقات الخاصة ذات الطابع

الدولي في مجال تنازع القوانين قد تميزت عن بقية قواعد القانون الدولي الخاص بقيامها على أسس مشتركة و مبادئ متشابهة بين الدول في بعض القطاعات القانونية.

أما ترتيب المصادر الرسمية من حيث قوتها فيمكن القول بصورة إجمالية إن المصادر المكتوبة تسمو على المصادر غير المكتوبة، بحيث إذا تعارض مكتوب مع آخر غير مكتوب فإنه يتعين على القاضي تفضيل المصدر المكتوب.

أما إذا تعارضت المعاهدة مع التشريع فإن التعارض أمام القضاء الدولي يغلب القاعدة الإتفاقية، أما التعارض أمام القضاء الوطني فيه تفصيل: ففي حالة تعارض المعاهدة مع الدستور فإنه من الطبيعي تفضيل الدستور باعتباره القانون الأعلى للدولة، لكن الواقع العملي يفيد أن القضاء لا يستطيع النظر في دستورية المعاهدة و بالتالي لا يستطيع رفض تطبيقها إذا تبين مخالفتها للدستور.

أما إذا قام التعارض بين المعاهدة و التشريع الداخلي نجد أن القاضي الوطني لا يطبق المعاهدة على أساس أن دولته قد التزمت دولياً بتطبيقها، بل يطبقها باعتبارها جزءاً من قوانين الدولة الداخلية إذا ما تم استيفاؤها للشروط اللازمة لنفاذها داخل الإقليم، إلا أنه قد جرى الكثير من دساتير الدول على النص على سمو المعاهدة على التشريع، و بالتالي يتعين على القاضي الوطني تفضيل القاعدة الإتفاقية على القاعدة التشريعية سواء كانت المعاهدة سابقة في صدورها على التشريع أم لاحقة عليه.

و رغم ذلك قد يجد القاضي نفسه مضطراً إلى تطبيق القاعدة التشريعية بالرغم من صدورها مخالفة لمعاهدة قائمة طالما أن القاضي الوطني لا يملك البحث في دستورية القوانين. أما إذا لم يجد نص دستوري يسمو على المعاهدة فلا مناص من وضع القاعدة الإتفاقية و التشريعية في نفس المرتبة بحيث إذا ما تعارضت إحداها على الأخرى تعين على القاضي أن يحسم هذا التعارض وفقاً للقاعدة القاضية بأن اللاحق ينسخ السابق، مع ضرورة كون التعارض صريحاً و كاملاً لتغليب التشريع اللاحق على المعاهدة.

أما إذا تعارض العرف مع مبادئ القانون الدولي الخاص، فإن القواعد العرفية تسمو على المبادئ بحيث لا يرجع القاضي إلى هذه الأخيرة إلا إذا تحقق عدم وجود قاعدة عرفية ومن أمثلة المبادئ، مبدأ سلطان الإرادة، ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ تنفيذ العقد بحسن نية ومبدأ عدم أخذ مال الغير بدون تعويض عادل.

ثانياً: المصادر غير الرسمية:

(1) القضاء:

يقصد بالقضاء مجموعة الحلول التي استقرت عليها أحكام المحاكم بحيث أصبحت تكون اتجاهًا واضحاً في مسألة معينة، و يختلف الدور الذي يقوم به القضاء باختلاف الدول، فمن الدول ما يقوم القضاء فيها بدور تكوين القاعدة القانونية كالدول المتأثرة بالنظام "الأنجلو سكسوني" والتي يعرف قانونها باسم القانون القضائي، وهذه الدول تأخذ بمبدأ حجبية السوابق القضائية، و مؤدى ذلك أن السابقة القضائية تتمتع بقوة ملزمة. و لا شك أن أحكام القضاء تضع نصاً في الحياة و في الواقع و تساهم مساهمة كبيرة في تطوير القانون، فهي القانون الحي الذي ينبثق من الحياة العملية و يولد في حلبة الصراع بين المصالح المختلفة.

(2) الفقه:

يقصد به مجموعة الآراء التي يدلي بها علماء القانون و التي يعرضون فيها لشرح القانون و تفسيره و نقده. و اقتراح حلوله، و يختلف دور الفقه باختلاف موضوعات القانون الدولي الخاص، حيث نجد أنه قد تبوأ مكانة خاصة بالنسبة لتنازع القوانين. و تميز فقه القانون الدولي الخاص بنزعه إلى أسلوب المقارنة و لا شك أن الفقه قد تعاظم دوره و اهتماماته مما يسر السبيل أمام المشرعين و القضاة في إرساء الحلول الملزمة، مما ساد الاعتقاد أن جهود المفسرين و الشراح تسبق جهود المشرعين و القضاة.

المبحث الخامس

نبذة مختصرة عن تطور القانون الدولي الخاص

المطلب الأول

في مجال الجنسية

إن مفهوم الجنسية لم يكن واضحاً أو معروفاً في القديم، و كانت الجنسية تعبر عن إنتماء الفرد إلى جماعة صغيرة هي الأسرة ثم القبيلة ثم الأمة، لكن ترتب على اختلاف الأجناس و انتقال الأفراد عبر الحدود للبحث عن العيش و التجارة أو للغزو و الفتوحات أن اختفى مفهوم الأمة، خاصة في العصور الوسطى، و أصبحت الجنسية مجرد رابطة تعبر عن إنتماء الفرد إلى حاكم الإقليم. و في منتصف القرن التاسع عشر ظهر مبدأ القوميات و بمقتضاه أصبح لكل دولة الحق في تكوين الدولة لكي تصبح في نهاية الأمر هي التعبير السياسي عن الأمة، و لكن اختلاط الأجناس و صعوبة تحديد معالم كل أمة على حده أصولاً متزايدة ترتب عليه اختفاء مبدأ القوميات مما أدى الرواج إلى تطور المفهوم السياسي و القانوني و الاجتماعي للجنسية، و اختفى مبدأ الولاء المطلق للدولة، و تركز مبدأ حق الفرد في تغيير جنسيته. و تبدو أهمية الجنسية في كل فروع القانون الدولي الخاص. ففي مجال مركز الأجانب تحدد الحقوق التي يجب أن يتمتع الأجنبي بها و الوطني. و في مجال تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدولي تعد ضابطاً أو معياراً قوياً لثبوت الاختصاص لأحدهما أو كليهما.

المطلب الثاني

في مجال الموطن

تعد فكرة الموطن أقدم من الجنسية، و قد كانت تلك الصلة بين الشخص و المكان قبل ظهور الجنسية يؤدي ما للجنسية من دور. و تبدو أهمية الموطن كذلك في كل فروع القانون الدولي الخاص. ففي مجال الجنسية يعد التوطن أو عدمه شرطاً لكسب أو فقد أو استرداد الجنسية. و في مجال مركز الأجانب يعد التوطن شرطاً للتمتع بحقوق معينة أو عدم التمتع بها. و في مجال تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدولي يعد الموطن ضابطاً قوياً كذلك لأحديهما أو كليهما بل يعد محلاً للوفاء بالالتزامات عبر الحدود.

المطلب الثالث

في مجال مركز الأجانب

يقصد بمركز الأجانب تمتع الأجنبي بحقوق عامة أو خاصة داخل إقليم دولة معينة و لم تصل التشريعات إلى تقرير تلك الحقوق طفرة واحدة بل صارت في سبيل التدرج. فكانت في البداية لا تعترف للأجنبي بحق فهو موضوعاً للحق لا صاحب حق، بل كان ينظر إلى الأجنبي بالتشريعات القديمة على أنه محل ارتياب و شك في أمره، فهو متطفل ترك بلده إلى غيرها، وكان يعامل معاملة قاسية تصل إلى حد إزهاق الروح، وكان القانون اليوناني يضع قيوداً كبيرة عليهم و يقرر عدم أهليتهم لإكتساب كثير من الحقوق. أما في عصر الإقطاع فكان السادة ينظرون إلى الأجانب كالغنائم، و كان الأجنبي يباع و يشتري. و بعد إكتشاف أمريكا بدأ الناس ينظرون إلى الأجانب نظرة إعتبار لما في وجودهم من خيرات، و لما عادت به التجارة و انتقال الأفراد و الخدمات عبر الحدود من نفع و خير كبير، و هكذا تبدلت الأحوال رويداً رويداً حتى نرى الدول في العصر الحديث تفرط في منح الحقوق للأجانب أكثر من الوطنيين في بعض الأحيان بغية جلب السياحة و الإستثمار، بل تكاد تجمع كل تشريعات العالم المعاصر على ضرورة تمتع الأجنبي بالحد الأدنى على الأقل من الحقوق. سواء بمقتضى تشريعات وطنية أو معاهدات دولية.

المطلب الرابع

في مجال تنازع الاختصاص القضائي الدولي

ساد في العصور القديمة نتيجة الحروب و ندرة الإتصالات و العزلة بين الشعوب مبدأ الإقليمية المطلقة وهو خضوع كل شيء وكل شخص و كل تصرف للقضاء و القانون الوطني، أي أن التنازم بين الاختصاصين القضائي و التشريعي كان هو السائد، و لم تثر مشكلة تنازع الاختصاص القضائي الدولي في ذلك العصر حتى ما قبل القرن الثاني عشر، حيث عقدت معاهدات بين المدن المختلفة في شمال إيطاليا و فرنسا تنظم اختصاص الشاكن، إذ يكفي تعيين المحكمة لمعرفة القانون الواجب التطبيق، و هو قانون تلك المحكمة ذاتها بغض النظر عن عدائته أو ملاءمته للعلاقة. و في القرن الثاني عشر اختفى مبدأ الإقليمية المطلقة أمام الضرورات العملية و تقدم الشعوب و انتقال الأفراد و الأموال و الخدمات عبر الحدود و بدأ التطبيق للقوانين و الأعراف للمدن الأخرى، و بذلك بدأت تنضح معالم تنازع الاختصاص القضائي الدولي و انفصاله عن الاختصاص التشريعي، و تؤكد ذلك بظهور الفكر العالمي على يد الفقيه الألماني "سافيني". فقد استخدم هذا الفقيه طريقة التركيز المكاني للعلاقة لتحقيق هدفين:

الأول: تعيين المحكمة المختصة، و الثاني: تعيين القانون الواجب التطبيق. و بهذا يكون قد أسهم سافيني إلى حد كبير في إبراز أن معطيات تحديد المحكمة المختصة تختلف عن تلك التي تنصل بتعيين القانون الواجب التطبيق رغم أن نقطة الإنطلاق في الاختصاصين واحدة، وهو تحديد طبيعة العلاقة تمهيداً لتحديد القضاء الذي ينظرها و القانون الذي يحكمها.

المطلب الخامس

في مجال تنازع القوانين

ففي الحضارة البابلية. كان البابليون من المهتمين بالتجارة فظهرت بعض القواعد الموضوعية التجارية كالشركة، و القرض، و التي دوّنها هامورابي. و في الإغريق ظهر نوع من التنازع الداخلي بين القوانين. أي بين قوانين الدولة المستعمرة و قوانين الدولة المستعمرة. و في الإمبراطورية الرومانية. كان تطبيق القانون الروماني في الإمبراطورية الرومانية القديمة يقتصر على العلاقات الناشئة بين الوطنيين. أما الأجانب فكانوا يخضعون لقواعد موضوعية أخرى تعرف باسم قانون الشعوب وهي قواعد مستمدة من مبادئ العدالة، دون التقييد بالشكليات التي يتضمنها القانون الروماني. و لم تظهر فكرة التنازع إلا في نهاية القرن الثاني عشر، حينما ازدهرت التجارة في مدن شمال إيطاليا بعد استقلالها السياسي عن الإمبراطورية الجرمانية و اتساع العلاقات التجارية بين الأفراد التابعين لهذه المدن. إذ ثار التساؤل في ذلك الوقت عن كيفية حل المنازعات الناشئة بين أفراد يتبعون أكثر من مدينة، و الحال أن لكل من هذه المدن المستقلة قوانين (أو أحوال) خاصة بها، و هي قوانين مختلفة المضمون و لا تشتمل على حلول موضوعية موحدة كما هو الشأن بالنسبة لقانون الشعوب.

و في فترة الأحوال الإيطالية القديم:

فقد اهتمت فقه الأحوال الإيطالية القديم إلى حل التنازع السابق عن طريق اختيار قانون احدى المدن التي تتزاحم قوانينها لحكم النزاع ، مراعيًا في ذلك اعتبارات المنطق القانوني المجرد من ناحية و مقتضيات التجارة و الضرورات العملية من ناحية أخرى. و كان منهج هذه المدرسة يقوم على تحليل القوانين أو الأحوال المتزاحمة لحكم العلاقات بين الأفراد التابعين لمدن مختلفة لتحديد طبيعتها، هل هي قوانين اقليمية تنطبق على كل من يقطنون الاقليم، أم إنّها من

القوانين الشخصية التي تتبع الشخص أينما ذهب. و في ضوء هذا المنهج التحليلي تصدى الفقه لوضع حلول التنازع الملائمة لكل من الروابط القانونية المتنوعة.

و بذلك انتهى فقه الأحوال الايطالي القديم مثلاً الى إخضاع العقد لقانون البلد الذي تم فيها ابرامة. و سنيين فيما بعد أن الفقه الايطالي القديم قد انتهى بعد ذلك إلى قصر إعمال القاعدة المذكورة على شكل العقد. أما موضوع العقد فقد بدت ملامح لاتجاه هذا الفقه في النهاية إلى إخضاعه لقانون الإرادة، و هو الحل المأخوذ به في معظم التشريعات المعاصرة.

و من جهة أخرى فقد أخضع الفقه الايطالي القديم الجرائم لقانون بلد وقوع الفعل، و هو الحل الذي يعد نواة للقاعدة الحديثة التي تقضي بأن الفعل الضار محكوم بقانون محل وقوعه.

أما المسائل المتعلقة بحالة الأفراد و أهليتهم فقد فضل الفقه القديم إخضاعها لقانون الموطن دون اعتماد بقانون القاضي، و ذلك لتعلق هذه المسائل بالفرد و التصاقها بشخصيته و حياته، مما يبرر تطبيق قانون موحد في شأنها. ذلك أن تغير القانون الذي يحكم المسائل السابقة وفقاً للمكان الذي ينتقل إليه الشخص بعد ذلك و تنور فيه المنازعة قد يقعد الأفراد عن الانتقال إلى خارج المدن التي يتوطنون بها، مما يضر بمقتضيات التجارة و التعامل. وهكذا بدت لدى الفقه القديم ملامح التفرقة الشهيرة بين الأحوال الشخصية و الأحوال العينية، بل إن الفقه القديم قد فرق بوضوح بين الاجراءات من ناحية و المسائل الموضوعية من ناحية. فبينما تصور هذا الفقه قيام التنازع على النحو السالف بالنسبة للمسائل الموضوعية، فقد أكد أن الاجراءات تخضع دائماً لقانون القاضي، و هو نفس الحل المأخوذ به في كافة تشريعات العالم حتى وقتنا هذا.

و أخيراً فقد بدت لدى فقه الأحوال الايطالي القديم أنه فقه تحليلي، أهتم أساساً بتحليل القوانين المتزاحمة حكم العلاقة المعروضة. فهو يبحث في كل حالة على حدة عما إذا كان من الواجب تطبيق قانون معين تطبيقاً اقليمياً، أم إن هذا القانون يعد من القوانين الشخصية التي تتبع الشخص أينما ذهب. و لم يحاول فقه المدرسة الايطالية القديمة أن يقيد نفسه عند التصدي

لتحليل القوانين، لحل مشكلة التنازع على الوجه السالف بنظرية معينة، وهو، بهذا المنحى، قد تطلع إلى أن تكون حلوله عالمية صالحة في كل مكان و زمان، لكونها حلول تستند إلى المنطق القانوني المجرد دون تأثر باعتبارات سياسية معينة.

و يلاحظ الى أن التنازع الذي واجهه فقه الأحوال هو تنازع بين قوانين أو أحوال المدن المختلفة، أو بين هذه القوانين من جهة و القانون الروماني المشترك من ناحية أخرى، فهو تنازع داخلي يدور في إطار العلاقات الناشئة في حدود الامبراطورية الرومانية القديمة. و من الجدير بالذكر إلى أن القانون الدولي الخاص الإسلامي قد عرف تنظيم علاقات القانون الدولي الخاص في كل مراحل تنظيمها سواء في مرحلة التمتع بالحقوق أو ممارستها أو حمايتها و في أنصع صورها و إن كانت قواعد القانون الدولي الخاص الإسلامي في صور مختلفة على صعيد اللفاظ و المصطلحات و الصياغة التشريعية، و من هنا فلا مقارنة بينه و بين القوانين الوضعية.

فقه "دارجنترية" - نظرية إقليمية القوانين

كان للظروف السياسية التي سادت في أوروبا خلال القرن السادس عشر و المترتبة على وجود الاقطاع أثرها في تغير الأفكار السابقة. فقد ظهرت في هذا الوقت نظرية جديدة في تنازع القوانين هي نظرية الفقيه الفرنسي القديم دارجنترية. و تقوم هذه النظرية على أساس فكرة الإقليمية.

و نقطة البداية في هذه الأفكار تقترب من فقه الأحوال الايطالي القديم من حيث وجوب تقسيم القوانين ذاتها، و ليست العلاقات التي تحكمها هذه القوانين، إلى قوانين إقليمية تنطبق على كل من يقطنون الاقليم، و قوانين تلحق بالشخص أينما ذهب، مع ملاحظة أن دارجنترية لم يتبع المنهج التحليلي الذي اتبعه الفقه الايطالي. و إنما هو أقام نظرية عامة حاول من خلالها أن يضع الحلول المختلفة لمشكلة التنازع. ففي سبيل المفاضلة بين القوانين الإقليمية و القوانين الشخصية أعلن "دارجنترية" متأثراً في ذلك بظروف بيئته الاقطاعية و تطلعه إلى استقلال

مقاطعة "بريتاني" التي يعيش فيها عن سلطان الملك، أن الأصل هو عينية القوانين أي إقليميتها و الاستثناء هو شخصيتها و إمكان امتدادها خارج الاقليم. و كان الفقيه الفرنسي يهدف من وراء ذلك إلى أن مسايرة ظروف البيئة الاقطاعية و سعيها إلى تطبيق قوانينها تطبيقاً إقليمياً.

و ينطبق القانون تطبيقاً إقليمياً على هذا النحو إذا كان متصلاً بالأموال. و بذلك يسري قانون الاقليم على كافة الأموال الكائنة فيه بصرف النظر عن موطن أطراف العلاقة. أما إذا تعلق القانون بالأشخاص و تنظيم حالتهم و أهليتهم فانه يكون قابلاً للامتداد إلى الخارج بحيث يحكم الشخص أينما ذهب. و أخيراً فإذا اتصل القانون بكل من الأموال من ناحية و الأشخاص من ناحية أخرى فانه يعد من القوانين أو الأحوال المختلطة على حد تعبير الفقيه الفرنسي. و هذه الأخيرة تطبق تطبيقاً إقليمياً رجوعاً إلى الأصل العام في اقليمية القوانين لدى دارجنترية. و قد واجه الفقيه الفرنسي بنظرية هذه المشاكل المترتبة على التنازع الداخلي بين قوانين المقاطعات الفرنسية المختلفة.

و انتقل فقه دارجنترية بعد ذلك إلى كل من هولندا في القرن السابع عشر، و بريطانيا في القرن الثامن عشر، ثم إلى الولايات المتحدة الأمريكية، لاتفاقه مع الظروف السياسية التي كانت سائدة في هذه الدول. و لا زال للفقه الاقليمي أنصاره في بعض الدول حيث يتخذون منه أساساً لحلول التنازع الدولي للقوانين.

فقه "مانشيبي" - نظرية شخصية القوانين

و على عكس الاتجاه السابق، فقد نادى الفقيه الايطالي "مانشيبي" في القرن التاسع عشر بمبدأ شخصية القوانين. و قد أقام مانشيبي أفكاره على أساس ما أسماه بمبدأ القوميات، و الذي ترجم فيه أماني بلاده في ذلك الوقت. و مؤدى هذا المبدئ في القانون الدولي العام هو حق كل أمة في تكوين دولة. و بين الفقيه الايطالي أن النتيجة المترتبة على ذلك في نطاق القانون الدولي الخاص هي مبدأ شخصية القوانين. فالقوانين لم توضع لتطبق في اقليم معين، و إنما

وضعت القوانين لتحكم الأشخاص. فالشخص يخضع لقانون الأمة التي ينتمي إليها، أي يخضع لقانون الجنسية، وذلك بصرف النظر عن الاقليم الذي يعيش فيه.

و هكذا خالف مانشيقي فقه دارجنتره و أتباعه حينما أعلن أن الأصل هو شخصية القوانين و أن الاستثناء هو اقليميتها. و قد لاقى نظرية مانشيقي رواجاً كبيراً في البلاد الأوروبية. و لعل أهم آثارها هي إخضاع مسائل الأحوال الشخصية في كثير من التشريعات المعاصرة لقانون الجنسية، لا لقانون الموطن، على نحو ما سنرى فيما بعد.

و مهما كان الأمر، فإن الملاحظ أن فقه مانشيقي و إن اختلف عن فقه دارجنتره من حيث المبدأ العام الذي يتحدد على أساسه نطاق تطبيق كل من القانون الوطني و القانون الأجنبي ، إلا أنهما قد انتهيا إلى نتائج مشابهة. ذلك أن دارجنتره و إن تمسك بفكرة الاقليمية، إلا أنه قد اضطر إلى وضع استثناءات عديدة أفصح بمقتضاها مجالاً كبيراً لتطبيق القانون الشخصي (و هو قانون الموطن لدى دارجنتره). و الأمر لا يختلف كثيراً بالنسبة لمانشيقي. فبعد أن أتت الفقيه الايطالي، كما بينا، أن الأصل هو شخصية القوانين (مع ملاحظة أن المقصود بالقانون الشخصي عنده هو قانون الجنسية)، عاد فأورد على هذا الأصل عدة استثناءات سمح فيها بالرجوع إلى فكرة الاقليمية.

و من جهة أخرى فإن الملاحظ أن كل من دارجنتره و مانشيقي قد اتفقا على المنهج المتبع لحل مشكلة النزاع. فكل منهما قد بدأ من فكرة مسيقة يتم عن طريقها تحديد القانون الواجب التطبيق، هو عند الأول مبدأ اقليمية القوانين، و عند الثاني مبدأ شخصية القوانين.

و مثل هذا المنهج يختلف تماماً عن المنهج التحليلي الذي اتبعته مدرسة الأحوال الايطالية القديمة، و الذي يوتكن كما رأينا الى تحليل القوانين التي تتزاحم لحكم العلاقة المعروضة و اختيار أنسبها لحكم هذه العلاقة دون التقييد سلفاً بمبدأ معين كما فعل كل من دارجنتره و مانشيقي.

و في مجال المفاضلة بين كل من المنهجين السابقين، فنحن نميل إلى اعتناق المنهج التحليلي الذي اتبعته مدرسة الأحوال الايطالية القديمة، لأنه لا يقوم على أساس فكرة سياسية مسبقة، و إنما هو يعتمد أساساً على اختيار القانون المناسب أخذاً بالمنطق القانوني المجرد مع مراعاة اعتبارات العدالة من ناحية و الضرورات العملية من ناحية أخرى.

و لعل هذا هو ما دفع سافيني إلى اعادة الدعوة إلى المنهج التحليلي مرة أخرى في النصف الأول من القرن التاسع عشر مع ملاحظة أنه قد اعتد بتحليل الرابطة القانونية و ليس القوانين التي تتزاحم لحكم هذه الرابطة كما فعل الفقه السابق. و قد لاقى المنهج التحليلي الجديد الذي نادى به سافيني صدى كبيراً لدى فقه القانون الدولي الخاص على ما سنبين في الفقرة التالية.

فقه سافيني و الامتداد بتحليل الروابط القانونية

كان الفقيه الألماني سافيني هو أول من نادى في القرن التاسع عشر بوجوب العودة إلى المنهج التحليلي الذي اتبعته مدرسة الأحوال الايطالية القديمة. فقد أبرز الفقيه الألماني بحق خطأ التمسك بموقف مسبق من مشكلة النزاع على نحو ما فعل كل من دارجنتره و مانشيبي متأثرين في ذلك بظروف سياسية لا شأن لها بالمنطق القانوني المجرد.

و مع ذلك فإن فقه سافيني في تنازع القوانين يختلف عن فقه الأحوال الايطالي القديم و الذي لم يسلم بدوره من نقد الفقيه الألماني. فقد اعتد سافيني كما رأينا بتحليل الروابط القانونية تمهيداً لاسنادها للقانون الملائم بدلا من التركيز على القوانين التي تتنازع لحكم هذه الروابط و تقسيمها الى عينية و شخصية كما فعل الفقه السابق. و منهج سافيني هو المنهج المتبع الآن في معظم التشريعات المعاصرة و التي تجري على تقسيم العلاقات إلى فئات أو أفكار مستندة تمهيداً لاختصاص كل منها إلى أكثر القوانين ملائمة و أكثر إلى أصله.

و في سبيل حل مشكلة النزاع أكد سافيني أن لكل رابطة قانونية مركز مكاني. و على هذا فإنه يتعين تحليل الرابطة و تحديد طبيعتها لتركيبتها في مكان معين ثم تطبيق قانون هذا المكان أو ولاية قضائية في شأنها.

و مركز الرابطة على هذا النحو هو المكان الذي تحقق فيه كافة آثارها أو معظم هذه الآثار.

و إعمالاً لفكرة التركيز المكاني فقد أخضع سافيني حالة الأشخاص و أهليتهم لقانون الموطن، كما أكد خضوع الأموال لقضاء قانون موقعها. أما الالتزامات التعاقدية فيرى في شأنها تطبيق قانون المكان الذي يجري فيه تنفيذ هذه الالتزامات. و قد أدى منطق سافيني السابق أيضاً إلى إخضاع الالتزامات المترتبة على الفعل الضار أو النافع لقانون محل وقوعه.

و قد أكد سافيني أن التركيز المكاني للروابط القانونية على النحو السابق يقوم على فكرة الخضوع الاختياري، إذ أن ارتباط الشخص برابطة معينة يفترض خضوعه لقانون مركزها. أي قانون المكان الذي تتركز فيه آثارها. إلا أنه يعيب منهج سافيني أنه ذهب إلى أن تنازع القوانين على النحو الذي بيناه يفترض وحدة الأصل التاريخي بين التشريعات التي تتزاحم لحكم الرابطة. و لذا فهو لم يتصور النزاع إلا بين قوانين الدول المسيحية الوارثة للقانون الروماني. أي لو انقطع الإشتراك القانوني بين القانون الواجب التطبيق وقانون القاضي فإنه يتعين استبعاد القانون المختص بإسم النظام العام. و رغم ذلك يعد أفضل المناهج السابقة المحدودة أو التي تنطلق من مبدأ عام و فكرة مسبقة كالإقليمية و الشخصية لأنه لا يتأتى بحل سليم ينطلق من مقبضيات العلاقة و اعتبارات العدالة و الضرورات العملية و مركز الثقل فيها كما هو شأن منهج قواعد الإسناد و منهج القواعد الموضوعية.

الفصل الثاني

الأصول النظرية العامة لتنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدولي

تمهيد و تقسيم

مفهوم الأصول النظرية العامة لتنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدولي.

إن دراسة النظرية العامة آلية وهدجية تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي يعد من أهم مقومات الدارس و الباحث لموضوعات القانون الدولي الخاص، خصوصاً في مجال تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدولي. فدراسة الدعوى و الاختصاص و الإجراءات و تحديد القانون الواجب التطبيق يقتضي الإلمام بأصول النظرية العامة، مما يعضد في النهاية ارتباط تنازع الاختصاص القضائي بتنازع القوانين و التأثير المتبادل بينهما في كل مراحل تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي، ابتداء من مرحلة التكييف و تحديد طبيعة العلاقة، مروراً بتطبيق القانون الواجب التطبيق، و انتهاءً بموانع تطبيق القانون الأجنبي. و دراسة النظرية العامة يقتضي اتباع المنهج التحليلي و الإنطلاق من مقتضيات العلاقة ذاتها و اعتبارات العدالة و الضرورات العملية و مركز الثقل فيها، لاختيار أكثر المحاكم صلة و أنسب القوانين لملاءمة. و نقطة الإنطلاق هذه و إن كانت تنطبق على كل مناهج القانون الدولي الخاص إلا إنها أكثر صلة بمنهج تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدولي. فالعلاقات القانونية لا تدخل تحت حصر لذلك يتكفل كل مشروع بتصنيفها إلى فئات أو مجموعات أو طوائف، تسمى كل طائفة بالفكرة المسندة التي تضم العلاقات المتقاربة و المتشابهة، ثم يضع لها ضابطاً أو معياراً يطلق عليه بضابط الاختصاص أو ضابط الإسناد، باعتباره المعيار المختار و نقطة الارتكاز الذي يبين الطريق إلى الحكمة المختصة و القانون الواجب التطبيق. و يستمد الضابط أو المعيار من أحد عناصر العلاقة الثلاثة - أطرافها،

سببها، موضوعها - و الذي يمثل مركز الثقل فيها و هي مسألة تختلف بحسب طبيعة العلاقة المطروحة بعد موازنة و انتقاء. و قد يستعمل المشرع ضابط أو ضابطين أو أكثر حسب الحاجة للعلاقة تيسيراً للأفراد عبر الحدود. كما إن دراسة النظرية أو الأصول العامة على هذا النحو تتمحور في تفسير قاعدة التنازع و آلياتها. فالأركان تتمثل في الفكرة المسندة، و ضابط الاختصاص أو الإسناد، و المحكمة أو القانون المختص. أما الآلية فتتمثل في المشكلات التي تنبثق من هذه الأركان عند إعمال القاعدة. فالفكرة المسندة ينبثق منها مشكلة التكييف. و ضابط الاختصاص أو الإسناد ينبثق منه مشكلة تنازع الاختصاص و تنازع القوانين المتغير أو المتحرك. و المحكمة والقانون المختص ينبثق عنه مشكلة الإحالة و الدفع بعدم الاختصاص، و مشكلة الإسناد إلى دولة تتعدد فيها الشرائع، و مشكلة تطبيق الأجنبي، و مشكلة موانع الاختصاص و تطبيق القانون الأجنبي. و سنعرض هذه المسائل تباعاً في ستة مباحث على النحو التالي.

المبحث الأول

مشكلة التكييف

المطلب الأول

تعريف التكييف وأهميته

أولاً: **التعريف:** التكييف هو تحديد طبيعة المسألة محل النزاع وردها إلى أحد الفكر المسندة. أو هو تحديد طبيعة النزاع و إعطائه الوصف القانوني المناسب و إدراجه في طائفة معينة من طوائف العلاقات القانونية تمهيداً لتحديد المحكمة المختصة و القانون الواجب التطبيق نظراً للتلازم أحياناً و التأثير المتبادل بين الاختصاص القضائي و التشريعي .

ثانياً: **أهميته:** التكييف عملية قانونية و مسألة أولية هامة في كل فروع القانون.

ففي القانون الجنائي: لابد أن يعرف القاضي هل المسألة سرقة أم اختلاس أم خيانة أمانة.

و في القانون المدني: هل هي عقد بيع أم هبة أم عقد إيجار.

و في القانون الدولي: قد تكون المسألة جائزة في دولة و محرمة في أخرى، و قد تكون المسألة شكل في دولة و موضوع في أخرى، و قد تكون أهلية في دولة، و أثر من آثار الزواج في دولة أخرى.

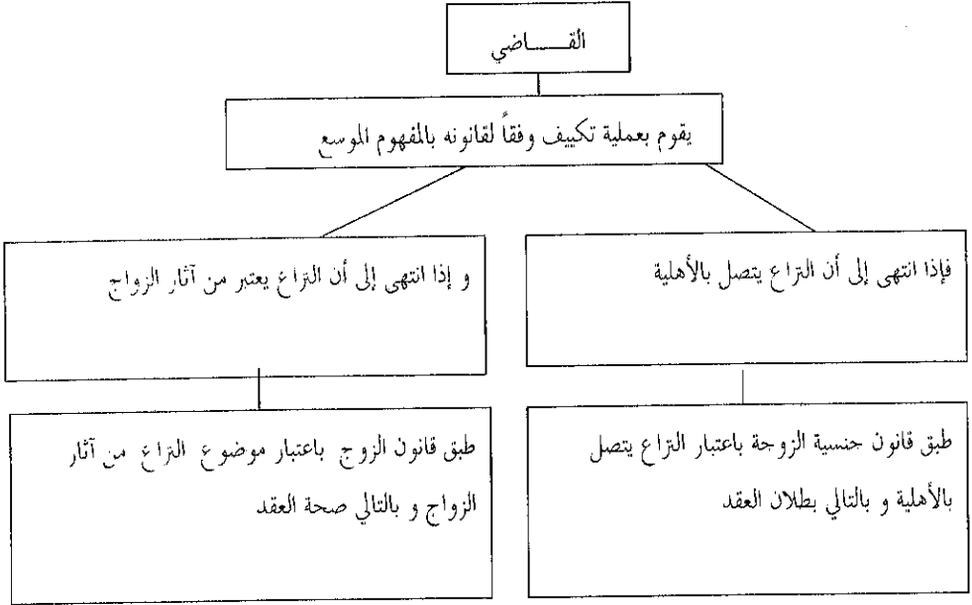
مثال: يفترض أن يميناً تزوج من امرأة من دولة تشيلي و قانونها ينقص من أهلية المرأة بمناسبة زواجها، فيرفض هذا القانون أن يقرر للزوجة الحق في أن تبرم أي تصرف إلا بإذن زوجها، و سنفترض أنها أبرمت عقداً تجارياً في مصر دون أن تحصل على إذن زوجها، ثم نوزع في صحة العقد أمام القضاء المصري، تمسكت الزوجة ببطلان العقد على أساس أن

قانون جنسيتها يقرر نقص أهليتها، أما المتعاقد معها فقد تمسك بصحة العقد، حيث أن العقد قد أبرم في مصر، و قانون الزوج اليمني لا يعرف هذا الحكم و لا يقرر نقص أهلية المرأة، فالقاضي المصري بصدد مومقفين متضارين: بطلان و صحة، فأى الموقفين يرجح، و لابد أن يختار قانوناً، فهل يطبق القانون المصري - بلد الإبرام، أو اليمني قانون جنسية الزوج، أو التشيلي قانون جنسية الزوجة. القاضي المصري سيقوم بتحديد القانون عن طريق قواعد الإسناد المصرية، و سيجد أمامه قاعدتين الأولى تقول:

أ- تخضع الأهلية لقانون الجنسية و الثانية تقول..

ب- يخضع آثار الزواج لقانون جنسية الزوج. فلو طبق الأولى سيطبق القانون التشيلي، و سيحكم ببطلان العقد، و إذا طبق الثانية حكم بصحة العقد، و يطبق القانون اليمني. فأى القاعدين يختار و يطبقها. حتى يحدد القاعدة على القاضي أن يقوم بعملية تكييف و يلحق المسألة بفكرة مسندة، و لكن التساؤل: هل التكييف يتم وفق أي القوانين؟

هناك ثلاث نظريات: الأولى تقوم بإخضاع التكييف للقانون المختص، و الثانية للقانون المقارن، و الثالثة و الراجح هو قانون القاضي.



المطلب الثاني

إخضاع التكييف لقانون القاضي (نظرية بارتن):

أولاً: نشأة النظرية:

لم تظهر نظرية التكييف إلا في أواخر القرن التاسع عشر، حيث تدبّر هذه النظرية إلى الفقيه الفرنسي بارتن عقب نشر مقاله الشهير سنة 1897م والذي لفت الأنظار فيه إلى أهمية التكييف وضرورة خضوعه لقانون القاضي. ورغم أن الفقيه الألماني كاهن قد سبق له أن أبرز هذه المشكلة في مقال له نشر في ألمانيا سنة 1891م وانتهى فيه إلى نتيجة مشابهة لتلك التي توصل إليها بارتن من بعده إلا أن الفقه الفرنسي يصير مع ذلك على اعتبار بارتن الرائد الحقيقي لنظرية التكييف ولا شك أن الفضل في بناء نظرية التكييف يرجع في الحقيقة إلى الأستاذ بارتن، فقد لاحظ هذا الفقيه بعد تحليل لعدد من القضايا إلى أن القضاء الفرنسي يقوم بعملية التكييف بطريقة ضمنية دون أن يتنبه إلى ذلك، واستخلص منها بالتالي أصول نظريته و من هذه القضايا، قضيتان مشهورتان أصبحتا من القضايا الشهيرة في فقه القانون الدولي الخاص وهي قضية "ميراث المالطي" و "قضية وصية الهولندي".

(أ) قضية ميراث المالطي:

و تلخص وقائع هذه القضية في أن زوجين من جزيرة مالطة اتخذوا الجزائر موطناً لهم، وكانت الجزائر تابعة لفرنسا في ذلك الوقت، و بعد أن توفي الزوج ادعت الزوجة أمام محكمة الجزائر أن لها حقاً على عقارات زوجها الكاتبة في الجزائر و هو حق مقرر لها بمقتضى القانون المالطي و يسمى بنصيب الزوج المحتاج أي المتوفى عنه زوجه ، لأن القانون الفرنسي لا يورث إلا الأصول والفروع فقط.

وقد أشار بارتن إلى أنه كان على المحكمة أن تعتق في هذا الفرض أحد حلين:

- إما أن تقوم بتكييف إدعاء الزوجة على أساس أنه يدخل في فكرة النظام المالي للزوجين.

- و إما أن تعتبر حق الزوجة المدعى به عقارات زوجها المتوفي داخلاً في مضمون فكرة الميراث، و لاشك أن اختلاف تكييف المحكمة لطبيعة إدعاء الزوجة سالف الذكر، يترتب عليه بالضرورة إختلاف القانون الواجب التطبيق على الدعوى، فإذا كيفت المحكمة إدعاء الزوجة على أنه يتعلق بالنظام المالي للزوجين، فإن القانون الواجب التطبيق وفقاً لقواعد الإسناد الفرنسية في هذا الفرض هو القانون المالطي بوصفه قانون الوطن الأول للزوجة، و اعتباره قانون الدولة التي اتجهت إرادة المتعاقدين الضمنية إلى تطبيقه، و في هذه الحالة يتعين الحكم بأحقية الزوجة في دعواها تطبيقاً لنصوص هذا القانون.

أما لو اعتبرت المحكمة أن ادعاء الزوجة يتصل بفكرة الميراث، فإن القانون الواجب التطبيق في هذا الفرض وفقاً لقواعد الإسناد الفرنسية هو القانون الفرنسي بوصفه قانون موقع العقسار، و يترتب على هذا التكييف رفض إدعاء الزوجة، لأن القانون الفرنسي يجهل الحق المسمى بـ "نصيب الزوج المحتاج".

(ب) - قضية وصية الهولندي،

و تلخص وقائع هذه القضية في أن هولندياً حرر في فرنسا وصية في الشكل العرفي - أي بخطه و توقيعه - و هو شكل تجيزه قواعد القانون الفرنسي، ثم ثار النزاع بعد ذلك حول صحة هذه الوصية، و قد لاحظ بارتن أن الحكم في صحة الوصية يتوقف أولاً على تكييف المسألة محل البحث، ذلك أن القانون الهولندي لا يميز الوصية الخطية و يحظر على المواطنين من إبرام وصاياهم في الشكل العرفي حتى و لو حرروها في الخارج.

و يهدف القانون الهولندي من هذا الحظر هو حماية إرادة الموصي و التيقن من عدم تسرعه عند إبرامه الوصية، إذ أن إبرام وصاياهم في الشكل العرفي أمر يتعلق بأهليتهم بديل أنه يسري في مواجعتهم حتى و لو كانوا في الخارج.

أما القانون الفرنسي فهو يعتبر هذا الحظر داخلياً في فكرة شكل التصرفات على أساس أنه لا يمس جوهر إرادة الموصي، وإنما هو أمر يتعلق أساساً بالوسيلة التي يتعين اتباعها للإفصاح عن الإرادة إلى العالم الخارجي، فإذا ما تم تكييف الحظر على أنه قيد على أهلية الموصي من إبرام وصيته لأدى ذلك إلى بطلان الوصية، إذ أن قواعد الإسناد الفرنسية تخضع الأهلية لقانون الجنسية، و طالما كان الموصي هولندي الجنسية، فإن القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة هو القانون الهولندي الذي يحظر على الهولنديين إبرام وصاياهم في الشكل العرفي و لو كانوا في الخارج.

أما لو اعتبر المنع داخلياً في فكرة شكل التصرفات لترتب على ذلك صحة الوصية طبقاً للقانون الفرنسي الذي يميز إبرام الوصية في الشكل العرفي باعتباره القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة بوصفه قانون بلد الإبرام.

و لكن وفقاً لأي قانون تقوم المحكمة بتكييف النزاع المطروح امامها؟ هل طبقاً للقانون الهولندي - كما في المثال السابق - أم طبقاً للقانون المقارن.

ثانياً: مضمون نظرية إخطاح التكييف للقانون القاضي:

فقد أكد هذا الفقه أن القضاء في فرنسا و في غيرها من دول العالم قد درج على إخضاع التكييف لقانون القاضي، و المحاكم إذ تفعل ذلك لا تبرر عادة مسلكها، فهي تقوم بإجراء التكييف بطريقة ضمنية و غير محسومة.

و بناء على ذلك يرى بارتن ضرورة أن تقوم المحاكم الفرنسية بتكييف حق الزوجة على عقار زوجها في قضية ميراث المألطي باعتباره أمراً داخلياً في فكرة الميراث وفقاً للقواعد العامة في القانون الفرنسي بوصفه قانون القاضي وهو ما يستلزم تطبيق قانون موقع العقار و بالتالي رفض إدعاء الزوجة، كذلك فإن أعمال القواعد العامة في القانون الفرنسي - باعتباره قانون القاضي - في قضية وصية الهولندي يؤدي إلى اعتبار منع الموصي من إبرام الوصية في الشكل

العرفي داخل في فكرة شكل التصرفات و يستتبع ذلك تطبيق قانون بلد الإبرام و إقرار صحة الوصية تبعاً لذلك.

و طبقاً لهذه النظرية لا يستلزم أن يكون قانون القاضي من بين القوانين المتنازعة أو كون التنازع حاصلًا بين قوانين أجنبية.

و قد استثنى بارتن، تكييف المال. إذ يرى ضرورة الرجوع إلى قانون الموقع و ليس على قانون القاضي لتحديد وصف المال و ما إذا كان يعد عقاراً أم منقولاً لارتباط الأموال بإقليم الدولة، و حرصاً على استقرار المعاملات و سلامتها.

و يرى جانب من الفقه ألا يؤخذ هذا الإستثناء على إطلاقه، فهناك حالات يتوقف فيها معرفة القانون الواجب التطبيق مع تحديد وصف النزاع. إلا أن الفقه الغالب قد انتقد استثناء المال من القاعدة العامة التي وضعها "بارتن" و القاضي يخضع التكييف لقانون القاضي.

الذات: أساس النظرية:

إستند "بارتن" في تبرير نظريته في التكييف على أساس السيادة، ذلك أن تنازع القوانين عند بارتن لا يعدو أن يكون تنازعا بين السيادة. فالمشرع الوطني إذ يسمح بتطبيق القانون الأجنبي في بعض الفروض، فهو يتنازل بذلك عن قدر من سيادته و لهذا يتعين الرجوع إلى المشرع الوطني ذاته لبيان مدى هذا التنازل و حدوده.

و الفقه الغالب يؤيد نظرية بارتن و لكن على أساس مختلف، ذلك أن تصور بارتن لتنازع القوانين على أنه تنازع بين سيادات هو تصور خاطئ لم يعد مقبولاً لدى الفقه الحديث، فتطبيق القانون الأجنبي لا يعد انتقاصاً من السيادة الوطنية، بل إن المشرع الوطني لم يسمح بتطبيق قانون أجنبي معين في بعض فروض إلا إيماناً منه بأن هذا القانون هو خير القوانين المتنازعة ملائمة للعلاقة الدولية محل النزاع، بل يعد هذا التطبيق تعبيراً عن السيادة الوطنية ذاتها. و

قد دفعت هذه الإعتبارات الفقه الحديث إلى التمسك بمحجج أخرى أكثر صلابة من فكرة السيادة أهمها ما يلي:

أ- حجة واقعية. إن التكييف لا يعدو أن يكون تفسيراً لقاعدة الإسناد الوطنية و بهذا يكون من الملائم أن تخضع بالضرورة لقانون القاضي.

ب- و يضيف البعض حجة أخرى ذات طابع نفسي مؤداها أنه حينما يقوم القاضي بتكييف العلاقة المطروحة أمامه فإنه يتأثر بالضرورة وبحكم تكوينه الثقافي و القانوني بالمبادئ الواردة في قانونه.

ج- و يذهب الفقه المعاصر إلى حجة ذات طابع علمي تؤكد أهمية إخضاع التكييف لقانون القاضي وضرورته، ذلك أن التكييف عملية سابقة على أعمال قاعدة الإسناد من حيث التعاقب الزمني.

رابعاً: نطاق النظرية:

يقتضي تحديد نطاق النظرية التفرقة بين التكييف الأولي أو السابق، و التكييف الثانوي و اللاحق. و الأول هو التكييف اللازم لإعمال قاعدة الإسناد و تحديد القانون الواجب التطبيق، و هو الذي يخضع وحده لقانون القاضي.

في حين أنه يوجب الرجوع إلى القانون الأجنبي في شأن كافة التكييفات اللاحقة التي قد تعرض بمناسبة تطبيقه، و على هذا النحو يقرر "بارتن" أن على القاضي أن يرجع إلى قانونه عند وضع المسألة محل النزاع و إدراجها في أحد الفكر المسندة، فإذا تبين له عند قيامه بهذا التكييف الأولي أن هذه المسألة تدخل في فكرة شكل التصرفات القانونية مثلا و إخضاعها بالتالي إلى قانون بلد إبرام التصرفات وفقا لقاعدة الإسناد فإنه يجب الرجوع إلى هذا القانون و هو قانون بلد الإبرام لتحديد شكل التصرف محل النزاع و ما إذا كان يعد من قبيل الشكل الرسمي أو العرفي.

خامساً: تقدير النظرية:

رغم أن الفقه يؤيد عموماً نظرية "بارتن" في إخضاع التكييف لقانون القاضي، إلا أن هناك جانباً كبيراً من الفقه قد اختلف مع "بارتن" في الاستثناء الذي وضعه على النظرية و أساسها و مجال إعمالها، بل وجه سهام نقده عليها، ففيما يتعلق بالاستثناء الخاص بضرورة الرجوع إلى قانون الموقع لتحديد وصف المال، يرى هذا الفقه الناقد أن هذا الاستثناء يفقر إلى أساس نظري سليم. ذلك أن الإعتبارات العملية المتعلقة باستقرار التعاملات في المسائل المتعلقة بالحقوق العينية و التي كانت الدافع وراء تمسك "بارتن" بهذا الإستثناء لا ينهض و حده سبباً كافياً للخروج عن القاعدة و إخضاع التكييف لقانون القاضي.

فالتسليم بسلامة الأساس الذي يقوم عليه إخضاع التكييف لقانون القاضي لا يدع تبريراً للتفرقة بين حالة و أخرى، فإذا كان الشرع الفرنسي - مثلاً - قد أخضع الميراث في العقار

لقانون الموقع، فإن من المفروض ألا يطبق القاضي قانون الموقع، إلا على ما يعد عقاراً وفقاً لما حدده المشرع الفرنسي في هذا الشأن، كما أن الفقه المعاصر لم يعد يرى مكاناً لفكرة السيادة التي يبرر بها "بارتن" نظريته في إخضاع التكييف لقانون القاضي.

فتنازع القوانين ليس تنازعاً بين السیادات، و إن المبرر الأكثر صلابة لا يعدو في حقیقته أن يكون تفسيراً لقاعدة الإسناد الوطنية كنتيجة طبيعية و ضرورية في إخضاعه لقانون القاضي.

كما أورد هذا الفقه حججتین أخرتین نفسیة و عملیة.

الأولی: مؤداها أن القاضي يتأثر بالضرورة و بحکم تكوينه الثقافي و القانوني بالمبادئ التي ينص عليها قانونه أثناء قيامه بعملية التكييف.

أما الثانية: فتتمثل في أن التكييف عملية سابقة على أعمال قاعدة الإسناد من حيث التعاقب الزمني، و بالتالي فلا يمكن تطبيق قاعدة الإسناد و التعرف على القانون الواجب التطبيق قبل إجراء عملية التكييف لمعرفة هل تدخل المسألة محل النزاع في فكرة الشكل أم في فكرة الأهلية.

بل إن جانباً من الفقه الحديث يرفض القول بالترقية بين تكييف سابق و تكييف لاحق، ذلك أن التكييف في القانون الدولي الخاص لا يعدو أن يكون وصفاً قانونياً للمسألة محل النزاع تمهيداً لإدراجها في إحدى الفئات أو الأفكار المسندة في قانون القاضي، و بالتالي فلا يصدق هذا الوصف أو التعريف إلا على التكييف الذي أطلق عليه "بارتن" و مؤيديه بالتكييف الأولي أو السابق، أما التكييف القانوني أو اللاحق فلا يعد لدى هذا الفريق تكييفاً بالمعنى الصحيح، و إنما هو تطبيق للقانون الأجنبي المختص.

أما الفقه الناقد للنظرية فقد صوب نقده الشديد على مضمون النظرية و أتمها بالقصور في معالجة الفرض الذي يواجهه القاضي المعروض عليه النزاع علاقةً بجهلها قانونه، إذ كيف

ينسب للقاضي في هذه الحالة الرجوع إلى قانونه لكي يصف نظاماً غريباً عن أحكام هذا القانون (بل قد يكون غريباً على أحد طرفي النزاع إن لم يكن غريباً عليهما معاً).

و قد دفع الفقه الحديث هذا الاعتراض مؤكداً أن إخضاع التكييف لقانون القاضي لايجوز دون إمكان الإستئناس بالقانون الأجنبي من ناحية، ثم الإلتجاء إلى القانون المقارن للتوسع في مفهوم قانون القاضي نفسه، و من ناحية أخرى لإخضاع التكييف لقانون القاضي لا يعني تجاهل القانون الأجنبي تجاهلاً تاماً، بل على العكس فإنه يتعين الرجوع دائماً إلى القانون الأجنبي الذي يتمسك الخصوم بأحكامه حتى يتفهم القاضي حقيقة المركز أو العلاقة المطروحة أمامه، فإذا ما انتهى القاضي من هذه المرحلة التحليلية انتقل إلى المرحلة التالية و هي رد المسألة محل البحث إلى الفكرة المسندة الملائمة لها، وفقاً لمفهوم القانون الوطني.

و لم يكن الفقه الحديث بذلك بل أكد ضرورة التوسع في مفهوم قانون القاضي نفسه. مبرراً أهمية الاستعانة بالقانون المقارن عن الكشف عن مضمون الفكرة المسندة في القانون الوطني حتى يمكن أن تتسع هذه الأخيرة للمراكز التي قد يجعلها قانون القاضي. فالنظم التي تعترف للزوج بحقه في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة مثلاً — كما هو الشأن — بالنسبة للشيعة الإسلامية تعد نظاماً غريباً تماماً في القانون الفرنسي القديم.

فالرجوع إلى القانون المقارن يمكن القاضي إدراك طبيعة النزاع و من ثم إدخاله في مضمون فكرة الطلاق في القانون الفرنسي أخذاً بالمفهوم الواسع لهذه الفكرة، إذ أن الدراسة المقارنة تكشف للقاضي الفرنسي عن وجود نظاماً قانونية متعددة تتيح للزوج أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة.

و مهما يكن من أمر الخلاف السابق فقد بقيت القاعدة العامة لدى "بارتن" في إخضاع التكييف لقانون القاضي محل تقدير الفقه الغالب و تأييده حتى أعلن القضاء الفرنسي صراحة إقراره لها.

موقف القضاء:

ذكرنا في ما تقدم أن "كاهن - و بارتن" قد أقاما نظريتهما في التكييف لقانون القاضي استخلاصاً مما تواتر عليه القضاء الفرنسي السابق، مما يؤكد أن هذا القضاء قد اعتنق هذا الإتجاه من قبل تشييد نظريتهما، و بالتالي فإن القضاء الغالب في فرنسا و في غالبية دول العالم قد درج على إخضاع التكييف لقانون القاضي منذ أمد بعيد، مع تأكيد القضاء الألماني سلامة الإستنباس بالقانون الأجنبي و التوسع في مفهوم قانون القاضي. و هذا هو الراجح لقوة أسانيده في الفقه و القضاء.

المطلب الثالث

إخضاع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع

أولاً: مضمون النظرية و أساسها:

يرى جانب آخر من فقه القانون الدولي الخاص - على رأسهم دسبانية ، و سيرفيل، من فرنسا، باكيوي، من إيطاليا، و ولف، من ألمانيا - إن تحديد طبيعة العلاقة أو المركز محل النزاع يجب أن يكون وفقاً للقانون المختص بحكم موضوع النزاع، فإذا قرر المشرع إخضاع شكل التصرفات لقانون بلد إبرامها، فإن تحديد مفهوم فكرة الشكل هو أمر يتعين الرجوع في شأنه إلى قانون بلد إبرام التصرف، أي للقانون الذي أشارت قاعدة الإسناد بتطبيقه على موضوع النزاع، و الفكرة الأساسية التي تحكم هذا الإتجاه هي أنه إذا أشارت قاعدة الإسناد بتطبيق قانون أجنبي معين على المسألة المعروضة، فإنه يتعين الرجوع إلى هذا القانون لتحديد طبيعة هذه المسألة، إذ لو رجعنا إلى قانون آخر مثل قانون القاضي - لأدى ذلك إلى نتيجة غير مقبولة، مؤداها تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق في غير الحالات التي قررها له مشرعه أن ينطبق فيها، أو الإمتناع عن تطبيقه، حيث يتعين هذا التطبيق.

ثانياً: تقدير النظرية:

قد يبدو للوهلة الأولى أن الحنرة الأساسية التي تقوم عليها هذه النظرية لا تخلو من المنطق، فطالما أن القانون الذي يحكم النزاع هو الأجلر و الأكثر صلة من غيره بحكم النزاع فمن الطبيعي تطبيقه كاملاً، ابتداءً من تكييف المسألة و حتى التوصل إلى الحل النهائي لهذا النزاع، إلا أن الفقه الحديث لم يتردد مع ذلك في نقد الإتجاه. و لعل أهم ما أخذ على هذه النظرية أنها تؤدي إلى المصادرة على المطلوب، و يعترضها استحالة عملية تكمن في أن التكييف عملية أولية لازمة لتحديد القانون الواجب التطبيق، فكيف يتسنى إذن إخضاع التكييف للقانون المختص بحكم النزاع في الوقت الذي يجهل فيه القاضي هذا القانون قبل

تكييف المسألة المعروضة، ففي مثال وصية الهولندي كيف يمكن القول بإخضاع التكييف للقانون المختص مادام أن القاضي لم يحدد ما إذا كانت المسألة محل البحث تعد مسألة شكل تخضع لقانون بلد الإبرام (القانون الفرنسي) أم مسألة أهلية يرجع في شأنها إلى قانون الجنسية القانون الهولندي، و لماذا نحكم مسبقاً بضرورة الرجوع إلى القانون الذي يحكم شكل الوصية دون القانون الذي يحكم الأهلية أو العكس طالما أن القاضي لن يجد مبرراً للبدأ بإخضاع التكييف لأحد القانونيين دون الآخر، و هو ما يوقعه في نهاية المطاف في حلقة مفرغة. الأمر الذي يجعل إخضاع التكييف لقانون القاضي هو الأيسر لتحديد مفهوم كل من فكرة الشكل و فكرة الأهلية، كما في المثال السابق.

المطلب الرابع

إخضاع التكييف للقانون المقارن

(1) مضمون النظرية:

يبدو أن مشكلة التكييف على هذا النحو قد دفعت جانباً آخر من الفقه الحديث و في مقدمتهم الفقيه الألماني رابل (RABEL) في استخدام المنهج المقارن لاستخلاص مفاهيم عالمية موحدة للأفكار المسندة التي تتضمنها قواعد القانون الدولي الخاص.

و على هذا النحو فلا يجوز - في نظر هذا الفقه - تحديد مضمون الفكرة المسندة (كفكرة الوصاية) على ضوء المفاهيم الداخلية للقانون الألماني، وإنما يجب أن يتحدد مضمون هذه الفكرة و وفقاً للمعنى العام المستخلص في دراسة كافة النظم القانونية الخاصة بحماية ناقصي الأهلية ممن لا يخضعون للسلطة الأبوية.

و يستند رأي هذا الفريق إلى أن قاعدة الإسناد قد وضعت لمواجهة علاقات دولية، و من ثم يجب أن يتحدد مضمون الفكرة المسندة على أساس مفهوم عالمي موحد، و يتفق وحاجات المعاملات الدولية التي لا يلائمها إخضاع التكييف لقانون معين مثل قانون القاضي أو القانون الذي يحكم النزاع.

(2) تقدير النظرية:

لا شك أن نظرية رابل قد نهت الأذهان إلى غاية هامة و ضرورة واقعية و هي حاجة قواعد القانون الدولي الخاص إلى مفاهيم عالمية موحدة تستجيب للإعتبارات الدولية، و اظهرت أهمية اتباع المنهج المقارن للوصول إلى تحقيق هذه الغاية.

كما أن هدف هذه النظرية يستجيب إلى أمل عزيز و مثل أعلى لدى كل رجال القانون الدولي الخاص، كما لقيت النظرية رواجاً لدى عدد كبير من الفقهاء في مختلف الدول.

غير أن نظرية "رايل" قد واجهت رغم ذلك انتقادات عديدة من جانب من الفقه لبعدها عن الحقائق الوضعية و العالمية.

فمن الناحية النظرية يرى بعض الفقه أن استخدام المنهج المقارن لتحديد مضمون الفكرة المسندة يتنافى مع القواعد المرجعية في التفسير، إذ من غير المقبول أن يفسر مضمون القاعدة القانونية بالرجوع إلى تشريعات أجنبية، من المتصور تغييرها بعيداً عن إرادة واضع القاعدة، إلا أن هذا الإعتراض لا يقوم في إطلاقه على أساس سليم.

ذلك أن من حق الفقه و القضاء أن يكشف عن مضمون القاعدة القانونية في ضوء المفاهيم السائدة وقت تفسيرها ووفقاً لحاجات المجتمع المتطورة و روح العصر.

و على هذا الأساس، فلو كانت المفاهيم الوطنية السائدة عند تفسير قاعدة الإسناد لا ترى بأساً من الإلتجاء إلى الدراسة المقارنة لاستخلاص معنى عام ومطلق للفكرة المسندة، يختلف عن المعنى المحدد لهذه الفكرة في القانون الداخلي تحقيقاً للهدف الذي تسعى إليه قواعد الإسناد، فلم يعد هناك ما يمنع إذن من الوجهة النظرية من اتباع منهج الأستاذ "رايل" في هذا السبيل، مع تسليمنا كذلك بأنه من العسير - في الوقت الحالي - بوجود نظام قانوني يؤمن "إيماناً مطلقاً" اخضاع تنكييف للقانون المقارن، و أنه مجرد أمل عسير المنال من الوجهة العملية.

ثالثاً: رأينا الخاص في التكييف: خصوصاً لقانون القاضي بالمفهوم الموسع .

في ضوء الصعوبات العملية - في الوقت الحالي - في الرجوع إلى القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد، و كذا القانون المقارن للبحث عن الوصف القانوني المناسب على إطلاقه ما من شأنه عزل قاعدة الإسناد عن النظام القانوني الذي تنتمي إليه.

كما أن مواجهة الواقع الدولي بوسائل مستمدة فقط من النظام القانوني الوطني يؤدي إلى تضارب الحلول و عدم استقرار المعاملات الدولية. لذا نرى مع البعض أن السبيل الوحيد و الجدير لمواجهة تلك الصعوبات، هو قيام قواعد الإسناد بوظيفتها في ضوء واقع العلاقات الدولية، و هو واقع يقوم على عدم التجانس في كثير من الأحيان بين الأفكار القانونية في مختلف الدول. و من هنا يتعين على القاضي و هو يقوم بعملية التكييف عند بحثه في الوصف القانوني للمسألة محل النزاع ألا يتطلب مطابقتها للأحكام التفصيلية في قانونه الوطني، بل عالية أن يتوسع في مفهوم قانون القاضي. و بالتالي يكتفي بالتحقق من أن المسألة المعروضة تتوافر فيها الأسس الرئيسية التي لا يمكن لمركز قانون محدد أن يقوم بدورها في الحياة الدولية، و أن رجوعه إلى قانونه يكون بمثابة نقطة إنطلاق في بحثه عن الأسس التي يقوم عليها المركز القانوني محل البحث في النظم القانونية المختلفة. فإذا افترضنا مثلاً أن النزاع المطروح على القاضي الفرنسي يتعلق بصحة زواج تم وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية في اليمن، فإنه يتعين على القاضي الفرنسي عند تكييفه للمسألة المطروحة أمامه أن يبحث عما إذا كانت العلاقة يتوافر فيها الأسس اللازمة لقيام علاقة زوجية، و هو يبدأ بالبحث عن هذه الأسس في قانونه، و لكن لا يستبقي منها إلا تلك التي تتفق مع الأسس المتبعة بصفة عامة في النظم القانونية الأخرى. و ليس هناك ما يحول دون استئناس القاضي كذلك بالأسس المتبعة في النظم القانونية التي تتضح له اتصالها بالمسألة المعروضة، فإذا ما تبين للقاضي توافر الأسس العامة اللازمة لقيام علاقة الزوجية في المجال الدولي أمكنه حينئذ تكييفها على أنها زواج.

أما إذا تجاوز القاضي الفرنسي ذلك و تطلب لوصف العلاقة على أنها زواج، مطابقتها لكافة الشروط اللازمة لقيام هذه العلاقة في القانون الفرنسي، فإنه قد يجد نفسه مضطراً إلى رفض تكييفها على أنها زواج، نظراً لأن القانون الفرنسي يشترط في العلاقة الزوجية عدم إمكان تعدد الزوجات (لا الصديقات)، و إذا أمعنا النظر في الأمر انضح لنا أن القاضي قد تجاوز في هذه الحالة نطاق التكييف، و قام بالفصل في النزاع مقدماً، و قرر عدم صحة

الزواج وفقاً لقانونه، في حين دوره في هذه المرحلة الأولية يقتصر على البحث عن القانون الذي يحكم النزاع، وهذا الأخير هو الذي يقرر صحة أو بطلان العلاقة.

وأبجاً: التكييف في النظام القانوني اليمني:

جرت الكثير من التشريعات العربية الحديثة ومن بينها القانون اليمني على النص صراحة على إخضاع التكييف لقانون القاضي. فتقضي المادة 24 من القانون المدني اليمني بأن القانون اليمني هو المرجع في تكييف العلاقة عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقة في قضية تنزاع فيها القوانين، وذلك لمعرفة القضاء المختص و القانون الواجب التطبيق، ويمكن حمل النص على أنه التكييف الذي اقترحه بالمفهوم الموسع .

ونخلص إلى أن على القاضي أن يراعي في التكييف

1- القانون الذي يتمسك به الخصوم .

2- القانون الذي يتوقع تطبيقه من خلال الملامح الأساسية لأطراف القضية والقوانين المتصلة بها .

3- أن تكون القاضي ملماً بالأصول التشريعية التي يقوم عليها قانونه لأن الخطأ في التكييف مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا .

المبحث الثاني

مشكلة تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي المتغير أو المتحرك

المطلب الأول

مفهوم التنازع المتغير

هو التنازع الناشء عن تغيير العنصر الواقعي في بعض ضوابط الاختصاص أو الامتداد والذي يستتبع انتقال ذات الحالة الدولية من نطاق تطبيق قانون الدولة إلى نطاق تطبيق قانون دولة أخرى أو من اختصاص محكمة إلى أخرى كلاً مما يختص بمقتضى نفس قاعدة التنازع في قانون القاضي أو بمقتضى أحد ضوابط الاختصاص القضائي الدولي لدولة القاضي وهذا التغيير يطلق عليه التغيير غير الإرادي أو التلقائي بحكم طبيعة العلاقات الدولية وهو عكس التغيير الاعرادي المعتمد ((العكس نحو القانون)) .

المطلب الثاني

مكونات التنازع المتغير

يتكون ضابط الإسناد أو ضابط الاختصاص من عنصرين: واقعي، و قانوني.

فضابط الجنسية: مثلاً عنصره الواقعي هو تمتع الشخص بجنسية دولة معينة. أما عنصره القانوني، فهو الجنسية ذاتها كنظام قانوني يفيد الانتماء.

و ضابط موقع المال: عنصره الواقعي هو وجود المال ذاته في إقليم دولة معينة. أما عنصره القانوني فهو فكرة الموقع أي الحيز المكاني، و يمكن القول أن الأفراد يمكنهم التغير في العنصر الواقعي و بالذات في الضوابط القابلة للتغير الجنسية، الوطن، محل الإقامة، موقع المال المنقول إرادة المتعاقدين.

المطلب الثالث

حلول التنازع المتغير في مجال تنازع القوانين

مجال التنازع أو كيف يحل التنازع: يتم مثلاً بتغيير المنقول من دولة لا تميز التصرف فيه إلى دولة أخرى تميزه، و تغيير الزوج لجنسيته بعد الزواج يستتبع التعاقب أو التنازع بين قانون قديم و جديد أو محكمة الدولة الأولى و محكمة الدولة الأخرى. وهناك عدة حلول منها .

(أ) الحلول التشريعية: ففي مجال الزواج مثلاً يطبق قانون الدولة التي أبرم الزواج في ظلها، و قد أخذت العديد من الدول هذا الحل و هكذا في كثير من المسائل.

(ب) الحلول الاتفاقية: كما في شكل الوصايا اتفاقية لاهاي سنة 1961م:

1- محل الإبرام

2- جنسية الموصي، سواء وقت إبرام الوصية أو وقت الوفاة.

3- قانون الموطن أو الإقامة سواء وقت الإبرام أو الوفاة، و هكذا في كثير من الأمور.

(ج) الحلول الإجتهاحية: النظرية العقلية: يذهب أنصار الإحترام الدولي للحقوق المكتسبة إلى تطبيق القانون القديم. و نظرية القانون الدولي للحقوق تقول بتطبيق القانون المعاصر إذا استوفى شروطه. و نظرية فكرة استقرار النظم القانونية تقول بتطبيق القانون المختص مكاناً و زماناً حتى لو تغير بعد ذلك الضابط. و نظرية مراعاة غاية قاعدة التنازع و حلول الحالات الخاصة تقول بتوزيع الاختصاص بين القديم و الجديد. و النظرية المعاصرة تقول بالأثر الفوري للقانون الجديد وعدم رجعيته.

المطلب الرابع

رأينا الخاص

في مسائل المنقولات يجب التنسيق بين القديم والجديد بما يحقق الأمان بحيث يراعي وقت سبب التملك و الحيازة أو ترتيب الحقوق حتى وإن انقل إلى بلد آخر من ناحية، و من ناحية أخرى لا تفلت الآثار المستقبلية من سلطان الجديد.

و في مسائل الأحوال - مثلاً - القانون الأصلح القديم أو الجديد، كما في فكرة النسب غير الشرعي، حيث يعتد بجنسية الأب وقت الميلاد أو وقت رفع الدعوى أو وقت الحكم فيها، أيهما أصلح له و يمكن الإلتجاء إلى هذه الفكرة في التنازع المتحرك الذي ينور في مجال تعدد الزوجات لتبرير النتائج التي توصل إليها في الأثر المخفف للنظام العام. أم مجال تنازع الاختصاص القضائي المتغير أو المتحرك سنعرض له المزيد من البيان في الباب الثاني.

المبحث الثالث

مشكلة الإحالة

المطلب الأول

معنى الإحالة و نوعيها

إذا عمل القاضي قاعدة الإسناد فأشارت بتطبيق قانون أجنبي معين، فإن التساؤل يثور حول المقصود بهذا القانون، هل يرجع القاضي الوطني إلى القانون الأجنبي في مجمله و ما قد يترتب على ذلك من ضرورة استشارة قواعد الإسناد فيه و التي قد تقضي بالإحالة إلى قانون آخر؟ أم أن على القاضي أن يرفض الإحالة و يتجه مباشرة إلى القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي و تطبيقها على النزاع دون اعتداد بقواعد الإسناد الذي يتضمنها هذا القانون؟

و الواقع أن مشكلة الإحالة لا تثير أدنى صعوبة تذكر فيما لو اتحدت قواعد الإسناد في كل من دولة القاضي و الدولة الأجنبية، كما لو عرض على القاضي اليميني نزاع يتعلق بأهلية أحد الفرنسيين، إذ لا خلاف في شأن و جوب تطبيق القانون الفرنسي في هذه الحالة بوصفه القانون التي تشير به قاعدة الإسناد في كل من اليمن وفرنسا، و إنما تثار الصعوبة فيما لو اختلفت قواعد الإسناد في القانون الأجنبي عنها في قانون القاضي.

كما هو الحال فيما لو عرض على القاضي اليميني -مثلاً- نزاع يتعلق بأهلية إنجليزي متوطن في اليمن، فبينما تقضي قاعدة الإسناد اليمنية بتطبيق القانون الإنجليزي باعتباره قانون الجنسية نجد أن قواعد الإسناد في هذا الأخير تشير - على العكس - بتطبيق القانون اليميني بوصفه قانون الموطن.

و نخلص إلى أن مفهوم الإحالة يعني أن القانون الأجنبي الذي أشارت باختصاصه قاعدة الإسناد يحيل هو في حل النزاع إلى أحكام قانون آخر.

و على هذا النحو تنور مشكلة الإحالة، هل ينصاع القاضي اليميني لقاعدة الإسناد الإنجليزية التي تحيل إلى أحكام القانون اليميني أم يطبق القواعد الموضوعية في القانون الإنجليزي دون أن يعبء بما تشير به قواعد الإسناد في هذا القانون.

و قد درج الفقه على تسمية الإحالة في القانون الأجنبي إلى قانون القاضي على نحو ما سبق بالإحالة من الدرجة الأولى.

أما لو أحالت قاعدة الإسناد الأجنبية إلى قانون غير قانون القاضي، فإن الإحالة تكون من الدرجة الثانية.

كما لو كان النزاع المعروض أمام القضاء اليميني - مثلاً - يتعلق بأهلية إنجليزي متوطن في فرنسا إذ تقضي قاعدة الإسناد اليمينية بتطبيق القانون الإنجليزي باعتباره قانون الجنسية و تحيل قاعدة الإسناد الإنجليزية إلى القانون الفرنسي بوصفه قانون الموطن.

المطلب الثاني

نشأة الإحالة

أثيرت مشكلة الإحالة لأول مرة في الربع الأخير من القرن التاسع عشر، بمناسبة قضية شهيرة في فقه القانون الدولي الخاص باسم قضية فورجو FORGO . و تملخص وقائع هذه القضية في أن شخصاً يدعى فورجو، و هو ولد غير شرعي و يحمل الجنسية البافارية، انتقل إلى فرنسا و استقر بها دون أن يكتسب مع ذلك موطناً قانونياً وفقاً لأحكام القانون الفرنسي رغم إقامته بها نحو ثلاث و ستون عاماً، و ظل موطنه القانوني في بلده الأصلي "بافاريا" و موطنه الفعلي في فرنسا، و لما توفي عن ثروة منقولة هائلة تركها في فرنسا، و لم يكن له زوجة و أولاد، ثار نزاع بين أقاربه الطبيعيين من الحواشي - الأخوة و الأخوات و الأعمام و العمات - و بين الحكومة الفرنسية حول من تؤول إليه الثروة، و كان محور النزاع هو تحديد القانون الذي يخضع له الميراث هل هو القانون الفرنسي أم القانون البافاري؟

إذ لو اعتبرنا القانون البافاري هو القانون الواجب التطبيق، سوف يفضي إلى أن تؤول التركة إلى حواشي المتوفي، لأن هذا القانون يسمح لهم بالإرث في حين لو كان القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق فسوف يحرم هؤلاء الأقارب من الميراث، لأن هذا الأخير لا يورث الحواشي وإنما يقصره على المباشرين فقط الأصول والفروع و ستؤول التركة إلى الدولة الفرنسية باعتبارها تركة شاغرة.

عندما عرض النزاع على محكمة استئناف بوربدو أيد قضاء هذه المحكمة الحل الأول، و ذلك بأن طبقت المحكمة قاعدة الإسناد الفرنسية التي تقضي بخضوع الميراث لقانون الموطن الأصلي، أي قضت في النزاع وفقاً للقانون البافاري و حكمت حواشي المتوفي بالتركة، إلا أن إدارة الدومين العام كان قد أسست طلبها بشأن تطبيق القانون الفرنسي على أساس أن قواعد النزاع في القانون البافاري - و هو القانون المختص وفقاً لقواعد الإسناد الفرنسية -

تقضي في هذه الحالة بتطبيق قانون الوطن الفعلي للمتوفي، و لما كان الموطن الفعلي "الفورجيو" في فرنسا، فكون القانون الفرنسي هو القانون الواجب التطبيق على الدعوى، و لما عرض الأمر على محكمة النقض الفرنسية أقرت في حكمها الصادر في 24 يونيو 1878م وجهة نظر الدومين العام في فرنسا، و قبلت بذلك إحالة قاعدة الإسناد البافارية إلى أحكام القانون الفرنسي في شأن الميراث، و منذ ذلك التاريخ استقر القضاء الفرنسي على الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى، و مع ذلك فقد فجرت هذه القضية جدلاً فقهيّاً صاعياً - بين مؤيد و معارض - حول هذه المشكلة لم ينته بعد حتى وقتنا الحاضر.

المطلب الثالث

وضع مشكلة الإحالة في الفكر القانوني

أثارت مشكلة الإحالة جدلاً فقهيًا واسع النطاق في الفقه و القضاء و تعد لذلك من أشهر مشكلات القانون الدولي الخاص.

و يمكن عرض موجز لحجج المؤيدين و المعارضين و موقف التشريعات في الإحالة نلخصها فيما يلي:

أولاً: حجج المؤيدين بالإحالة:

يذهب أنصار الإحالة إلى القول بأن القانون الأجنبي كل لا يتجزأ قواعد الإسناد و القواعد الموضوعية، و لا مجال لفصل عناصر الوحدة بعضها عن بعض من ناحية، و من ناحية أخرى، فإن رفض الإحالة من قبل القانون الأجنبي أي الاختصاص الممنوح له من قبل القانون الوطني بموجب قاعدة الإسناد المختصة يفيد عدم تطبيق الأول. فكيف يطبق قانوناً لا يعطي لنفسه الاختصاص، و بهذه المنابة يجب على القانون الوطني أن يقبل الاختصاص الممنوح له. و الإصرار على تطبيق القانون الأجنبي المعني رغم رفض الأخير ذلك، يعني أن المشرع الوطني أكثر حماساً للقانون الأجنبي من المشرع الأجنبي الذي أصدره.

و من ناحية ثالثة تؤدي الإحالة إلى توحيد الحلول و احترام الحكم الذي يصدر عن المحاكم الوطنية و ضمان تنفيذه في الدولة التي أصدرته، فالثابت أن العديد من الدول تشترط لإمكان تنفيذ الحكم الأجنبي فيها أن يكون قد راعى قاعدة الإسناد المختصة لديها.

ثانياً: حجج المعارضين للإحالة.

و رغم وجاهة تلك الحجج فقد ذهب جانب قوي إلى رفض الإحالة للعديد من الأسباب، فمن ناحية أولى يذهب خصوم الإحالة إلى أن قواعد الإسناد في القانون الوطني عندما تشير بتطبيق قانون معين، فإنما تقصد بذلك مجموع الأحكام الموضوعية في هذا القانون و ليس قواعد الإسناد، و على هذا الأساس لا يجزي في هذا المقام القول بأن النظام القانوني لأية دولة هو وحدة واحدة بحيث لا تقبل التجزئة.

و إذ أخذنا بالقول السابق - جـدلاً - فيجب إعماله على إطلاقه و بهذه المناسبة، فإن النظام القانوني الوطني أيضاً وحدة واحدة لا تقبل التجزئة و بالتالي الأخذ بالإحالة المعاكسة، و هكذا تقع في حلقة مفرغة من الإحالات المتبادلة، و هو الأمر الذي لا يمكن التسليم به بأي حال، لسبب بسيط من شأنه العجز عن حل النزاع في دهاليز الإحالة.

و من ناحية ثانية فقد رأينا أنصار الإحالة يرون أن تحمس المشرع الوطني لقانون أجنبي لا يتحمس له مشرعة و هو ما لا يجوز. و قد أجيب على هذه الحجة بأن المشرع الوطني عندما يقرر تطبيق قانون أجنبي معين فليس أساس ذلك هو احترام إرادة المشرع الأجنبي أو مجاملته، بل العكس على ذلك، فأساس الأمر هنا أن المشرع الوطني يعتبر القانون الأجنبي المعين أكثر القوانين تحقيقاً للعدالة بخصوص المسألة المعنية.

و من ناحية ثالثة، فإن أنصار الإحالة قد ذهبوا إلى أن الأخذ بما يؤدي إلى تسهيل تنفيذ الأحكام الأجنبية و توحيد الحلول القضائية. و قد أجيب على ذلك بأن النظر المتقدم لا يقوم على أساس في الواقع، حيث أن القضاء الوطني لا يعرف وقت الفصل في النزاع الدولة التي سيتم فيها تنفيذ حكمه، فكيف يتسنى له إصدار الحكم المعني على نحو يكفل نفاذه و إذا افترضنا - جـدلاً - أن القاضي الوطني يعرف دولة التنفيذ وقت إصدار الحكم و قام بإصداره معملاً نظرية الإحالة، ففي هذا الفرض قد لا يتم تنفيذ هذا الحكم في الخارج، بسبب مخالفته للنظام العام في دولة التنفيذ أو لغير ذلك من الأسباب.

فقد يتم تنفيذ الحكم في أية دولة أخرى يتعين للمدعي أن مصلحته في تنفيذه بهذه الدولة، كما أن الدولة التي تشترط صدوره وفقاً لقواعد الإسناد التي يقضي بها قانونها قد أخذ هذا الشرط في الإضمحلال و الزوال، ثم إن احترام قاعدة الإحالة لا تكفل دائماً تنفيذ الأحكام المعينة في الخارج و لا تؤدي إلى توحيد الحلول القضائية في كثير من الأحيان.

و من ناحية رابعة يؤدي الأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية إلى الوقوع في حلقة مفرغة، و من ناحية خامسة، فإن الأخذ بالإحالة يؤدي إلى إهدار السيادة الوطنية، و هذا الأمر لا يمكن التسليم به أن يمثل القاضي الوطني لقاعدة الإسناد الأجنبية. و من ناحية سادسة فإن الأخذ بالإحالة قد يؤدي إلى نتائج تناقض مصالح اطراف العلاقة القانونية و لو كانوا على علم بذلك حاولوا تفادي مثل هذه النتائج الشاذة بكل الطرق.

أما موقف التشريعات الوطنية فمعظمها ترفض الأخذ بالإحالة و هو نفس الموقف لمحكمة النقض الفرنسية حديثاً، حيث استبعدت الإحالة خصوصاً في مسائل الأحوال الشخصية و العقود.

ثالثاً: رأينا الخاص في الإحالة:

لا شك أن الإحالة تؤدي إلى إخلال صارخ بتوقعات الأطراف، و يرجع السبب في ذلك إلى أن ضابط الإرادة يتنافى في ذاته مع الأخذ بالإحالة و يتجاهل ضابط الإرادة الذي وضعه المشرع كمييار لاختيار القانون الواجب التطبيق على التزامات التعاقدية، فضلاً عما ترتبه الإحالة من صعوبات عملية متعددة.

و يستند الفقه الراجح إلى تعارضها مع وظيفة الإسناد و إلى اعتبارات الشارع الخاصة، التي بني عليها اختياره لقاعدة الإسناد، و أن الثورة الأمريكية ضد منهج قواعد الإسناد و ابتكار الحلول قد جاء كرد فعل لمشاكله و من أهمها مشكلة الإحالة.

و مخلص مع الفقه الغالب و ما نرجحه إلى أن الإحالة مرفوضة إلا في حالة و احدة و هو الإحالة من الدرجة الأولى بشرط ألا تضر بمصالح أطراف العلاقة أو تخل بتوقعاتهم أو التحايل بالغش نحو الاختصاصين القضائي و التشريعي. يدعم ذلك الفقه و القضاء و التشريع الغالب و المعاهدات الدولية، لأنها تقود إلى مسخ القانون و تحريفه، و من ثم فهي لا تركز إلى قرار، و بدأت في الأفسول، و في الحقيقة ليست أكثر من حيلة غريبة لجأ إليها البعض للتهرب من القانون الواجب التطبيق و التوصل إلى تطبيق قانون آخر لغرض أو لآخر، و المتبع تاريخ الإحالة و نشأتها على إثر قضية "فورجو" الشهيرة يظهر فيها الغش نحو القانون بركنيه المادي و المعنوي، فهي تجازف بتحريف و غش توقعات الأطراف و تغتال ثقتهم المشروعة في إعطاء حل موضوعي أو مادي لهذه العلاقات.

و يمكن في رأي البعض منع هذا التحايل عن طريق تطبيق مبدأ الغش نحو القانون في مواجهة من يلجأ إلى قبول الإحالة، فالعنصر المادي للغش نحو القانون ثابت، إذ أن قواعد الإسناد في قانون القاضي تشير إلى تطبيق قانون معين بينما من يؤيد الإحالة يقوم بالتغيير في ضوابط الإسناد التي يتحدد على أساسها القانون الواجب التطبيق، بحجة وجوب تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي.

أما العنصر المعنوي فمن الممكن إثباته، خاصة إذا كان كان التغيير من عناصر الإسناد يهدف إلى تطبيق قانون القاضي أو إذا كان من شأنه تحقيق مصلحة لدولة القاضي، كما حدث في قضية FORGO، حيث كان من شأن قبول الإحالة إلى القانون الفرنسي أيلولة الشركة الكبيرة - التي تركها FORGO - إلى فرنسا مع أن القانون الواجب التطبيق أصلاً كان يقضي بأيلولتها إلى أقارب من الحواشي.

المبحث الرابع

الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع:

المطلب الأول

قاعدة التفويض (الإحالة الداخلية):

يثار التساؤل عند إشارة قاعدة الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع ما المقصود بتعدد الشرائع ؟ يقصد بتعدد الشرائع أن هناك دولة مركبة كالولايات المتحدة الأمريكية لكل ولاية قانونها الخاص بها ويطلق عليه التعدد الإقليمي وقد تكون دولة تضم أكثر من ديانة كما في دولة مصر ولبنان إذ يوجد بها مسلمون ويهود ومسيحيون وهذا يطلق عليه التعدد الشخصي أي كل فئة تخضع لقانون ديانتها عن الشريعة الداخلية التي يتعين تطبيقها على واقعة الدعوى، وكيف يتسنى للقاضي اختيار هذه الشريعة من بين الشرائع المتعددة التي يتضمنها هذا القانون، وهذه المشكلة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بتفسير قاعدة الإسناد الوطنية، إذ يتعين على القاضي الوطني أن يحدد المقصود بلفظ القانون الأجنبي عندما يكون قانون دولة تتعدد فيها الشرائع.

و حسم المشكلة يتم من المشرع عن طريق تفويض القانون الأجنبي في تعيين الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق، ولذا سميت بمسألة التفويض، و مسألة التفويض على هذا الأساس (الإحالة الداخلية) كما أسماها البعض تختلف عن مشكلة الإحالة آفة الإشارة إليها. ففي الإحالة يشبث الاختصاص لقانون دولة أجنبية ثم يتخلى هذا القانون عن الاختصاص المقرر لصالحه إلى قانون آخر. أما في التفويض "الإحالة الداخلية"، فإن القانون المختص لا يتخلى عن ولايته بحكم النسزاح لقانون دولة أخرى، كل ما في الأمر أن هذا القانون يركز اختصاصه في شريعة معينة من الشرائع الداخلية المتعددة التي يتضمنها، و ذلك بمقتضى قواعد الإسناد الداخلية في هذا القانون.

و قد اختلف الفقه حول نطاق إعمال قاعدة التفويض و أيضاً عن الحل الواجب الاتباع في الأحوال التي يتبين فيها أن القانون الأجنبي لا يتضمن أي قواعد لفض النزاع الداخلي، أو في الفروض التي تعجز فيها قواعد الإسناد الداخلية بحسم هذا النزاع.

المطلب الثاني

نطاق قاعدة التفويض

و ينصب الخلاف حول مسألتين:

المسألة الأولى، هل ينصرف الحكم الخاص بالتفويض إلى جميع صور تعدد الشرائع سواء كان تعدداً شخصياً أو تعدداً إقليمياً؟

المسألة الثانية: هل يقتصر نطاقه على إحدى هاتين الصورتين دون الأخرى.

السورة الأولى:

ذهب جانب من الفقه الإيطالي إلى تحديد نطاق التفويض بصور التعدد الإقليمي دون التعدد الشخصي، أي قصر مجال قاعدة التفويض على الفروض التي تتعدد فيها الشرائع الداخلية في القانون الأجنبي تعدداً إقليمياً.

و أساس هذا الرأي ان مهمة قاعدة الإسناد هي تعيين شريعة إقليمية، و ليس من وظيفتها أن تحدد الشريعة الخاصة الواجبة التطبيق. فتعيين الشريعة الخاصة في هذه الحالة هو أمر يتعلق بتفسير الفواعل الموضوعية في القانون الأجنبي و لا شأن له بتفسير قاعدة الإسناد في قانون القاضي.

الصورة الثانية:

و قد أخذ جانباً من الفقه المصري على هذا الإتجاه أنه قد فرق دون مبرر بين صور التعدد الإقليمي و صور التعدد الشخصي و رفض بالتالي الإنحياز للرأي السابق و إعمال مبدأ التفويض سواء بالنسبة للتعدد الإقليمي أو التعدد الشخصي، و قد أكد القضاء المصري سلامة هذا الرأي. فقرر أنه إذا أشارت قواعد التنازع المصرية باختصاص قانون دولة أجنبية بتعدد فيها الشرائع تعدداً إقليمياً أو شخصياً تعين الرجوع في الحالتين إلى قواعد الإسناد الداخلية في هذا القانون لتحديد الشريعة المختصة.

و رغم اتفاق الفقه على اتساع تطبيق قاعدة التفويض لتشتمل صورتى التعدد الداخلي الإقليمي و الشخصي، إلا أنه قد اختلف مع ذلك في شأن مجال إعمال القاعدة المذكورة بالنسبة لضوابط الإسناد المختلفة:

أولاً: ضابط الجنسية:

يجمع الفقه حول وجوب إعمال قاعدة التفويض في الأحوال التي يكون ضابط الإسناد فيها هو ضابط الجنسية، إذ لا يمكن أن يؤدي هذا الضابط في ذاته إلى تعيين القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق فيما لو تعددت الشرائع الداخلية في القانون الذي أشارت قاعدة الإسناد باختصاصه تعدداً إقليمياً أو شخصياً، بل إن جانباً من الفقه المصري قد ذهب إلى حد القول بأن نطاق تطبيق قاعدة التفويض ينحصر فقط في الأحوال التي يكون فيها ضابط الإسناد هو الجنسية، على أساس أن إعمال ضوابط الإسناد الأخرى كقبلاً في ذاته بتعيين القواعد الموضوعية بصفة مباشرة.

ثانياً: ضابط الإراحة:

إذا كان ضابط الإسناد هو إرادة المتعاقدين فلا خلاف بين الفقه في أن هذا الضابط قادر في ذاته على اختيار الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق دون حاجة إلى إعمال قاعدة التفويض، و

لاشك في سلامة هذا الحل إذا تبين للقاضي أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت صراحة أو ضمناً إلى تطبيق شريعة داخلية معينة من بين الشرائع المتعددة في الدولة التي وقع اختيارهم على تطبيق قانونها و بالتالي فليس هناك حاجة لقاعدة التفويض. فإذا لم تحدد الإرادة الشريعة بعد أن حددت القانون تعمل قاعدة التفويض. أما إذا لم تحدد لا الشريعة و لا القانون تعمل القواعد العامة و هي الضوابط الإحتياطية الموطن و محل الإبرام.

ثالثاً، الضوابط المكانية:

و هي محل خلاف. فرأي يذهب إلى ضرورة إعمال قاعدة التفويض. و رأي آخر يرى بأننا لسنا في حاجة لإعمال قاعدة التفويض لتوافر الكفاية الذاتية لها كالموطن و محل وقوع الفعل الضار أو النافع، و موقع المال. و يبدو هذا هو الراجح لأن الضوابط المكانية يمكن إدراكها بالحس و تركيزها في مكان و إقليم معين. و في هذا الفرض يكون من اليسير على القاضي اليميني تحديد الشريعة الداخلية إذا رفعت دعوى تعويض عن عمل ضار وقع في الولايات المتحدة الأمريكية إذ سيكون القانون الأمريكي هو الواجب التطبيق عليها. و بالنظر إلى الطابع المادي لضابط الإختيار و تركيزه المكاني يمكن للقاضي اليميني أن يعرف الولاية التي وقع بها العمل الضار، و يكون قانون تلك الولاية هو الواجب التطبيق.

المبحث الخامس

مشكلة تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني

إذا ما أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون دولة أجنبية، فإنه يتعين ابتداء كيفية التعرف على أحكام هذا القانون أي إثبات مضمونه، و يجب في مرحلة تالية تحديد دور القاضي في تفسير هذا القانون و مدى رقابة المحكمة العليا على هذا التفسير. و قبل معالجة هاتين المسألتين يحسن بنا البحث عن مدى إلزام القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد الوطنية و الأساس القانوني في تطبيق القانون الأجنبي المشار إليه بمقتضاها و ذلك في ثلاثة فروع.

المطلب الأول

مدى إلزامية قاعدة الإسناد و أساس تطبيق القضاء الوطني للقانون الأجنبي

أولاً، موقفه الفقه في إلزامية قاعدة الإسناد.

يؤكد الفقه المعاصر على إلزام القاضي بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه و يترتب على ذلك أهمية الواجب الملقي على عاتق القاضي في تطبيق أحكام القانون الأجنبي المختص من تلقاء نفسه و لو لم يتمسك الخصوم بذلك. و هذا الواجب نابع في حقيقة الأمر من القوة الإلزامية لقاعدة الإسناد الوطنية، فالمرجع الوطني قد أمر القاضي بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، و قد منحت هذه الأخيرة بالترتبة للقانون الأجنبي قوته الملزمة أمام القضاء الوطني، و قد استقر الحال في غالبية نظم القانون الدولي الخاص على إضفاء قوة إلزامية على قواعد الإسناد.

و لكن السؤال يثور حول ما إذا كان من حق الخصوم الإتفاق على إستبعاد القانون الأجنبي المختص بمقتضى قاعدة الإسناد استناداً إلى عدم تعلقها بالنظام العام عندما تعقد الاختصاص لقانون أجنبي، و ذلك على نحو ما انتهى إليه حكم محكمة النقض الفرنسي الشهير في قضية بيزبال BISBAL . فقد رفضت محكمة النقض الفرنسية في هذا الحكم - و الذي تواتر عليه قضاؤها بعد ذلك - الطعن الذي نعي على محكمة الموضوع عدم تطبيقها للقانون الأسباني من تلقاء نفسها و بررت رفضها للطعن بقولها "إن قواعد الإسناد الفرنسية لا تتعلق بالنظام العام، على الأقل حين تشير باختصاص قانون أجنبي معين بحكم النزاع".

و تظهر أهمية هذا التساؤل بدرجة كبيرة في العمل، ذلك أن القول بتعلق قواعد الإسناد بالنظام العام سترتب عليه منع الأفراد من الإتفاق على ما يخالفها، في حين أن الفرض العكسي و هو القول بعدم تعلق قواعد الإسناد بالنظام العام يترتب عليه منح الأفراد في

العلاقات ذات الطابع الدولي مكنة الإتفاق على ما يخالفها و هو أمر على درجة كبيرة من الخطورة.

و يجبل الفقه الفرنسي الغالب إلى القول بأنه ليس من حق الخصوم الإتفاق على استبعاد قاعدة الإسناد إلا في الفروض التي لا تتعلق فيها هذه القاعدة بالنظام العام و العكس صحيح، و عندهم أن تحديد مدى تعلق قاعدة الإسناد بالنظام العام من عدمه لا يتوقف على إشارتها باختصاص القانون الوطني أو الأجنبي و إنما يكون باتصالها بمسألة من المسائل الآمرة أو المكتملة في القانون الداخلي.

فقواعد الإسناد في مسائل الزواج مثلا تعد متعلقة بالنظام العام و لو أشارت بتطبيق قانون أجنبي، باعتبار أحكام الزواج في القانون الداخلي من القواعد الآمرة. الأمر الذي لا يجوز للخصوم الإتفاق على استبعاد قواعد الإسناد المتعلقة بمسائل الزواج و على العكس من ذلك فإن اتصال قواعد الإسناد بمسائل مكتملة يجوز للخصوم الإتفاق على ما يخالفها أو حتى إستبعادها.

و على خلاف هذا الرأي يذهب رأي آخر إلى أنه لا يجوز الإتفاق على ما يخالف قاعدة الإسناد و لو تعلق الأمر بمسألة مكتملة. و أساس هذا الرأي الأخير أن قاعدة الإسناد تشير باختصاص القانون الأوثق صلة بالعلاقة الدولية المطروحة من وجهة نظر المشرع الوطني.

ثانياً: موقف القضاء من مدى إلزامية قاعدة الإسناد:

يعلق القضاء الفرنسي التقليدي التزام القاضي بإعمال قاعدة الإسناد على شرط أن يتمسك الخصوم بأحكام القانون الأجنبي الذي يشير باختصاصه هذه القاعدة. غير أن محكمة النقض الفرنسية قد خالفت ذلك و أكدت ميولها للإلتجاه الفقهي الحديث الذي يلقي على القاضي واجب إعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه و يطبق القانون الذي يشير باختصاصه سواء كان قانوناً وطنياً أم أجنبياً دون اشتراط تمسك الخصوم بهذه القاعدة. و قد عبرت

محكمة النقض الفرنسية عن اتجاهها في حكمين شهيرين صادرين في 11 ، 18 ، من يونيو 1988م بمقتضاها نقضت المحكمة العليا حكم قضاء الموضوع الذي تجاهل تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير قاعدة الإسناد باختصاصه، و الذي لم يتمسك به الخصوم، و فصلوا في النزاع وفقاً لأحكام القانون الوطني الفرنسي، و قررت - خلافاً لقضائها السابق - أن مسلك محاكم الموضوع على هذا النحو يشكل خرقاً لقاعدة الإسناد الوطنية التي أشارت باختصاص القانون الأجنبي و التي كان يتعين على محكمة الموضوع إعمالها من تلقاء نفسها بالتالي الفصل في النزاع في ضوء أحكام القانون الأجنبي الذي تشير باختصاصه، و من وجهة أخرى فإن مسلك محاكم الموضوع - سالف الذكر - يتضمن خرقاً لقانون المرافعات الفرنسي و الذي يلزم القاضي بالفصل في النزاع وفقاً لقواعد القانون الواجب التطبيق.

و لكن يلاحظ أن التزام القاضي بإعمال قاعدة الإسناد على النحو السابق يفترض أن تتضمن مستندات الدعوى و أوراقها و الوقائع ما يبرر هذا الإعمال، و خاصة تلك التي تكشف عن الصفة الدولية للعلاقة القانونية محل النزاع، و لم تشترط محكمة النقض الفرنسية في حكمها المشار إليها سابقاً لقيام التزام القاضي في هذا الصدد أن يتمسك أحد الخصوم بالعناصر الواقعية المؤكدة للصفة الدولية للنزاع، و ذلك عملاً بالمبادئ العامة في المرافعات الداخلية، و إنما اكتفت لإلزام القاضي بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه أن تتضمن أوراق الدعوى و مستنداتها هذه العناصر الواقعية و لو لم يتمسك بها الخصوم. أما إذا لم تتضمن أوراق الدعوى ما يفيد دولية العلاقة المطروحة فلم يعد على القاضي إلزام بأن يعمل من تلقاء نفسه قاعدة الإسناد. و له أن يفصل في النزاع وفقاً لأحكام قانونه الوطني أما القضاء الحديث فيلبي على عاتق القاضي واجب إعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه.

المطلب الثاني

الأساس القانوني لتطبيق القضاء الوطني للقانون الأجنبي

يستخدم الخلاف الفقهي حول هذه المسألة بين ثلاث نظريات نعرض لها فيما يلي:

أولاً: نظرية الحقوق المكتسبة:

و مقتضى هذه النظرية أنه إذا اكتسب شخص ما حقاً في دولة معينة وفقاً لقانونها وجب الاعتراف بهذا الحق و بصفة اكتسابه، و بالتالي فلن يستطيع القاضي الوطني أن يقدر صحة اكتساب الشخص و مدى الاعتراف به تبعاً لذلك إلا وفقاً لأحكام القانون الأجنبي الذي نشأ الحق و اكتسب في ظله، غير أن هذه النظرية تظل في الواقع عاجزة عن تقديم الأساس السليم و السند القانوني في الحالة التي يراد كسب الحق في بلد القاضي ابتداءً، و من ثم فهي لا تعالج مشكلة أساس تطبيق القانون الأجنبي برمتها، باعتبار أن دور هذا الأخير لا يقتصر على حماية الحق الذي يراد كسبه تحت سلطانه خارج بلد القاضي، بل كثيراً ما يكون له أثره في حالة الحق الذي يراد كسبه ابتداءً في دولة القاضي، كما لو أريد مثلاً الحصول على حكم بنفقتة زوجية في دولة القاضي حسب أحكام قانون أجنبي باعتباره قانون جنسية الزوج.

ثانياً: القانون الأجنبي محاصر من عناصر الواقع:

و تنطلق هذه النظرية من أن كل قاعدة قانونية تتكون من عنصرين:

العنصر الأول: مضمون القاعدة. أي العنصر العقلي فيها، و معناه أن تكون القاعدة عامة و مجردة.

أما العنصر الثاني: فهو عنصر الأمر أو الإلزام الصادر من السلطة العامة و الذي تستمد منه القاعدة قوتها الملزمة، و يطلق الأستاذ باتيفول هذا الأساس على القاعدة الأجنبية، فيرى

أنه في حين تمتلك القاعدة الأجنبية العنصرين السابقين في بلد المشرع الذي أصدرها إلا أنها تفقد بلا شك عنصرها الثاني، أي عنصر الإلزام، و ذلك حال تطبيقها أمام القضاء الوطني، و لا يبقى للقاعدة الأجنبية بعد ذلك سوى العنصر العقلي.

و عليه فهي بفقدها صفتها كقاعدة قانونية تظهر مجرد واقعة مادية أو عنصر واقعي لا قانوني.

و يترتب على اعتبار القانون الأجنبي عنصر من عناصر الواقع على نحو ما سلف أنه لا يجوز للقاضي تطبيق القانون الأجنبي و البحث عن مضمونه من تلقاء نفسه، و إنما يجب على الخصوم التمسك بهذا التطبيق و إثبات أحكامه تماماً، كما هو الشأن بالنسبة للوقائع، و فضلاً عن ذلك فإن الخطأ في تفسير القانون الأجنبي لا يخضع بالتالي لرقابة محكمة النقض.

و رغم وجاهة عرض الأستاذ "باتيفول" لفقده هذه النظرية إلا أنها لم تسلم من النقد، حيث أخذ عليها خطأ البداية التي تقوم عليها، فالقول بأن انتقال القاعدة القانونية عبر الحدود مجردة من عنصر الإلزام ليس صحيحاً ذلك أن قاعدة الإسناد تلعب دوراً كبيراً في هذا الشأن و ترد هذا العنصر الذي فقدته القاعدة الأجنبية لدى حضورها أمام القضاء الوطني.

كما أخذ على النظرية من ناحية ثانية خطأ التشبيه الذي يدعيه أصحابها بين القانون الأجنبي و لوائح الشركات، ذلك أن القاعدة الأجنبية رغم أنها تستمد قوتها الملزمة من قاعدة الإسناد إلا إنها قاعدة عامة و مجردة، و لا يمكن أن تتغير طبيعتها هذه إذا ما طبقت أمام القضاء الوطني.

أما لوائح الشركات فهي تستمد قوتها الملزمة من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين المنصوص عليها في التشريع الوطني، و بذلك فقواعدها ليست قواعد عامة و مجردة يخضع لها الكافة.

ثالثاً: نظرية الإستقبال أو الإندماج:

ظهرت هذه النظرية في الفقه الإيطالي و فحوى هذه النظرية يركز على تصور قاعدة الإسناد على أنها قاعدة ببيضاء أو فارغة المضمون تمتص و تستقبل مضمون القوانين الأجنبية التي تشير بتطبيقها على النزاع، فقاعدة الإسناد في مفهوم هذه النظرية ليست قاعدة غير مباشرة، وإنما هي قاعدة موضوعية مثل باقي القواعد الموضوعية الأخرى في القانون الداخلي تنطبق على النزاع مباشرة. غير أن أنصار هذه النظرية لم يجمعوا على صورة واحدة تحدد نوع هذا الإستقبال و مدها. إذ يذهب الفقه التقليدي إلى كون الإستقبال مادياً أو موضوعياً أن القانون الأجنبي يندمج بمضمونه في النظام القانوني الإيطالي و يصبح جزءاً منه، و يطبقه القاضي الإيطالي باعتباره قانوناً إيطالياً و ليس أجنياً، بينما يرى المحدثون أن الإندماج شكلياً، بمعنى أن القانون الأجنبي يحتفظ - رغم اندماجه في قانون القاضي - بمضمونه و قيمته التي منحه إياه المشرع الأجنبي الذي اصدره، و يترتب على اعتبار أن القانون الأجنبي جزءاً من القانون الوطني وفقاً لفقه نظرية الإندماج أن القاضي يلتزم بتطبيقه من تلقاء نفسه، بل و يفترض فيه العلم بأحكامه مثله في ذلك مثل باقي أحكام القانون الوطني. فضلاً عن ذلك فإن القاضي يخضع في تفسيره للقانون الأجنبي لرقابة محكمة النقض.

و يلاحظ على فقه هذا الإتجاه - رغم إضهاره الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي - إلا أن النتائج التي يرتبها تعد غير مقبولة أسبابين:

الأول: إن افتراض علم القاضي الوطني بالقانون الأجنبي على نحو افتراض علمه بالقانون الوطني هو أمر من العسير التسليم به.

أما السبب الثاني: و هو القول بتفسير القاضي الوطني للقانون الأجنبي على النحو الذي يفسر به القانون الوطني يتضمن تجاهلاً للظروف البيئية التي ولد فيها القانون الأجنبي، إذ يقضي منطلق التفسير السليم أن يلتزم القاضي بتفسير القانون الأجنبي على النحو الذي يفسر به القضاء الأجنبي ذاته.

رابعاً: القانون الأجنبي محتفظ بطبيعته القانونية:

يرى أنصار هذا الإتجاه أنه على الرغم من انتقال القاعدة الأجنبية عبر الحدود، فإن القانون الأجنبي يبقى مع ذلك محتفظاً بكيانه القانوني دون أن تتغير صفته الأجنبية باعتبار أن مضمونه قد شكل خارج تنظيم دولة القاضي. و يشبه هذا الإتجاه القانوني الأجنبي بالعرف إذ أن العرف ينشأ و يتكون بعيداً عن الأجهزة التشريعية للدولة، و لكن هذا الاعتبار لا يفقده رغم ذلك طبيعته القانونية. و يبدو أن هذا الرأي هو الراجح لقوة أسانيده.

المطلب الثالث

إثبات مضمون القانون الأجنبي

تعد مشكلة إثبات القانون الأجنبي و التعرف على أحكامه من أدق مشاكل القانون الدولي الخاص، حيث يقوم القاضي الوطني - عندما تشير قاعدة الإسناد في دولة القاضي باختصاص قانون دولة أجنبية - بتطبيق قانون لم يصدر من المشرع الوطني لدولته وإنما يقوم بتطبيق قانون دولة صادر عن مشرع دولة أجنبية. و سنعرض للاتجاهات الفقهي المختلفة و موقف القضاء على النحو التالي:

أولاً، موقفه الفقه:

الرأي الأول: يذهب الفقه المصري الغالب و جانب من الفقه الفرنسي إلى افتراض علم القاضي الوطني بالقانون الأجنبي أسوة في ذلك بافتراض علمه بالقانون الوطني، وقد انتقد الفقه الحديث هذا الاتجاه إتيامه على أساس خاطئ، ذلك أن افتراض علم القاضي الوطني بتشريع دولته يقوم على أساس واقعه نشر قوانين دولته في الجريدة الرسمية، و هو أمر غير متوافر في حالة القوانين الأجنبية، باعتبار أنها لم تنشر في دولة القاضي، فضلاً عن الصعوبات العملية.

الرأي الثاني: التي تعترض سبيل القاضي في البحث عن مضمون القوانين الأجنبية. غير أن الفقه الحديث يقرر أن عدم افتراض علم القاضي بالقانون الأجنبي لا ينفي مع ذلك التزامه القانوني بالبحث عن مضمون هذا القانون.

و الواقع أن الإلتزام بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي هو أمر تخليه القواعد العامة في قانون المرافعات، إذ يتعين على القاضي وفقاً لهذه القواعد أن يطبق قواعد القانون على وقائع الدعوى، دون حاجة لتمسك الخصوم بأحكامه أو حتى قيامهم بالكشف عن مضمونه، و

لا يسقط هذا الإلتزام بتطبيق القانون الأجنبي إلا إذا تبين أنه استحالة على القاضي التوصل إلى أحكامه، ويستلزم الفقه الحديث أن يقوم القاضي - في هذا الفرض الأخير - بتسيب حكمه نسبياً كافياً ليبين أنه قد تعذر عليه فعلاً الكشف عن أحكام القانون الأجنبي و إلا كان حكمه قابلاً للطعن عليه بالنقض.

و يشير البعض في هذا الصدد إلى أن التزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي لا يتنافى مع حقه في طلب معونة الخصوم، بل أن ما يقدمه الخصوم للقاضي من أدلة تيسر له العلم بالقانون الأجنبي ليس سوى معونة منهم بدافع مصلحتهم في تطبيق هذا القانون، و إن كان لا يرقى مع ذلك إلى مرتبة الإلتزام، و لا ينبغي أن تثير هذه المساعدة - للقاضي - من جانب الخصوم استغراباً طالما أن الخصوم في واقع الأمر يعاونون القاضي في البحث عن مضمون القانون الوطني نفسه.

ثانياً: موقفه القضاء:

تؤكد غالبية أحكام القضاء الفرنسي على إن أعباء إثبات القانون الأجنبي يقع على عاتق الخصم الذي يتمسك بأحكامه، سواء كان مدعياً أم مدع عليه.

و خلاصة موقف القضاء الفرنسي من مشكلة إثبات القانون الأجنبي و التعرف على أحكامه كان متراجحاً بين الشدة و التخفيف بين ثلاث مراحل رئيسية للتطور في هذا الصدد: المرحلة الأولى، فيما قبل 1960م و كان السديد فيها أن عبء إثبات القانون الأجنبي يقع على عاتق الخصم المتمسك بأحكامه، أي أن العلم بأحكام القانون الأجنبي لا يفترض لدى القاضي، و في المرحلة الثانية بدأت محكمة النقض الفرنسية في التخفيف من حدة الإلتزام الذي سارت عليه خلال المرحلة الأولى و حولت القاضي سلطة البحث عن مضمون القانون الأجنبي دون إلزامه بذلك.

و أخيراً بدأت المرحلة الثالثة منذ عام 1988م، حيث اتجهت محكمة النقض نحو إلزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي و إن كان هذا الإلزام قد جاء بطريقة ضمنية و ليست صريحة.

أما القضاء المصري فقد تعرضت محكمة النقض المصرية لشكلة إثبات القانون الأجنبي في حكمها الصادر بتاريخ 7 يوليو 1955م و قررت أن التمسك بتشريع أجنبي أمام هذه المحكمة لا يعدو أن يكون واقعة يجب إقامة الدليل عليها و لا يعني في إثباتها تلك الصورة العرفية التي إستند إليها الطاعنان بملف الطعن.

و يفهم من هذا الحكم أن على من يتمسك بنص تشريعي أجنبي تقديم دليل رسمي لإثباته، و قد اعتقد الفقه أن هذا الحكم سابقة منفردة بل و منعزلة تتعارض مع أحكام المحكمة العليا التي أكدت و مازالت تؤكد حقها في التصدي لتفسير القانون الأجنبي. و بعد تأرجح القضاء بين الشكوك و التخفيف انتهت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في السادس من فبراير 1984م إلى تجديد الآمال الفقهية التي كانت قد تبددت على إثر أحكامها السابقة، و قررت أنه إذا كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن التمسك بقانون أجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها، و كان مرد هذا القضاء هو الإستجابة للإعتبارات العملية التي لا يتيسر معها للقاضي الإلمام بأحكام هذا القانون، فإن مناط تطبيق هذه القاعدة أن يكون القانون الأجنبي غريباً عن القاضي يصعب عليه الوقوف على أحكامه و الوصول إلى مصادره.

أما إذا كان القاضي يعلم بمضمونه أو كان علمه مفترضاً فلا محل للتمسك بتطبيق القاعدة.

و قد ذهب جانب من الفقه المصري إلى أن محكمة النقض المصرية قد ألفت على عاتق القاضي عبء البحث عن مضمون القانون الأجنبي في حالتين:

الأول: إذا كان القانون الأجنبي من القوانين المعروفة لدى القاضي ألها استقت أحكامها من القانون المصري ذاته.

و الحالة الثانية: أنه عندما يكون القانون الأجنبي من القوانين التي استقى القانون الوطني أحكامه منها.

أما إذا كان غريباً عن القاضي فليس هناط من شك في نقل عبء إثباته على عاتق الخصوم.

و يؤكد غالبية الفقه الحديث أن إلزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي من شأنه أن يكفل احترام قاعدة الإسناد التي أشارت بتطبيق ذلك القانون، و يحول دون "أبل الخصوم، و خاصة إدعاءهم المتعلقة بعدم استطاعتهم التوصل لمضمون القانون الأ ذلك للتوصل من تطبيق أحكامه إذا ما كانت تتعارض مع مصالحهم، ويدعم هذا الإتجاه راء كثير من دول العالم.

و يثور التساؤل عن دور القاضي - عند استحالة التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي.

الرأي الأول: يرى جانب من الفقه و بعض أحكام القضاء أنه يتعين على القاضي أن يتوقف عن الفصل في الدعوى عند استحالة التوصل إلى أحكام القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد، و لكن يعترض البعض على هذا الرأي لما سيؤدي إليه بالقاضي إلى إنكار العدالة.

فالقاضي ملزم دائماً بالبحث عن القانون الواجب التطبيق وفي حالة الإستحالة فليس له أن يتوقف، من الفصل في النزاع بل يجب عليه أن يحكم في الدعوى المطروحة أمامه، و لكن ماذا يطبق القاضي في هذه الحالة؟

الرأي الثاني : يجب على هذا التساؤل فريق من الفقه إلى القول بأنه عند استحالة التوصل لمضمون القانون الأجنبي فعلى القاضي أن يطبق المبادئ العامة أو القواعد العقلانية المستمدة من العقل والمنطق والعدالة أو المبادئ السائدة في الأمم المتمدنة. غير أن هذا الرأي يفتقر إلى السند القانوني السليم ويخول بالتالي القاضي قدراً كبيراً في التحكم قد يسلمه إلى تطبيق أحكام قانونه الوطني تحت ستار المبادئ المستقرة.

الرأي الثالث ، لذا يقترح البعض أن على القاضي تطبيق القانون الأكثر اقترباً إلى أحكام ذلك القانون الأجنبي عن طريق تتبع عائلته القانونية أو أصله التاريخي أو مصدره.

غير أن هذا الرأي يصطدم بعقبات تجعل تحقق النتيجة التي يريد التوصل إليها محل شك كبير.

فقد يكون من الصعب إن لم يكن من المستحيل التأكد من مدى التقارب بين التشريعات المختلفة. فغالباً ما يستوحى المشرع قوانينه من عدة قوانين بحيث لا يمكن القطع بالقانون الأقرب إلى القانون الذي استحاله الكشف عن مضمونه.

فالتقنين المدني المصري - مثلاً - متأثر بعدد من التشريعات الأوروبية فضلاً عن أحكام الشريعة الإسلامية. حتى في الفروض التي يمكن القول فيها بتقارب أحكام تشريعيين مختلفين، فقد تؤثر الظروف الاجتماعية والاقتصادية في بيئة أحدهما. وقد كانت أوجه النقد التي وجهت للإتجاهات الثلاثة السابقة وراء دافع الفقه إلى مزيد من البحث للوصول إلى حل آخر يكون أكثر سهولة من الناحية العملية.

الرأي الرابع : وقد استقرت أحكام القضاء الفرنسية على تطبيق قانون القاضي عند تعذر أحكام القانون الواجب التطبيق استناداً إلى فكرة الاختصاص العام لقانون القاضي.

غير أن هذا الرأي الذي استقر عليه القضاء الفرنسي واتجه إليه غالبية الفقه، بل وأخذ به القضاء في معظم دول العالم لم يسلم هو بدوره من النقد لقيامه على أساس خاطئ.

فليس صحيحاً أن قانون القاضي هو صاحب الاختصاص العام لحكم كافة العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي حتى ولو تضمنت عنصراً أجنبياً، لما للعلاقات الدولية من طبيعة خاصة تتنافى مع القول بالولاية العامة للقانون الوطني.

الرأي الخامس: و في سبيل البحث عن أساس آخر يفترضه الفقه الإنجليزي أن أحكام القانون الأجنبي تتطابق مع مضمون القانون الوطني و على من يدعي عكس هذا الافتراض أن يقيم الدليل على ذلك، و لكن يؤخذ على هذا الرأي بعده عن الواقع و قيامه على الوهم الذي لا يمكن الإستناد عليه في العلاقات الدولية.

الرأي السادس: و أخيراً يؤسس الفقه المصري الحديث مع نظيره الفرنسي تطبيق قانون القاضي في هذا الفرض على الإستجابة للإعتبارات العملية و لما لقانون القاضي من اختصاص احتياطي مع شرط صلته بالنزاع المطروح على القضاء، و قد اخذت بهذا الرأي العديد من التشريعات.

المطلب الرابع

تفسير القانون الأجنبي

أولاً: دور القاضي في تفسير القانون الأجنبي.

لا يختلف دور القاضي في تفسير القانون الأجنبي عن دوره في تفسير قانونه إذ أنه يبحث في الحالتين عن نية المشرع و ما يهدف إليه من وراء القواعد التي اصدرت عنه. فقد يشوب اللبس و الغموض القاعدة الموضوعية الأجنبية لدى تطبيقها بواسطة القاضي الوطني و تتطلب بالتالي بعض التفسير. و من هنا يثور التساؤل، وفقاً لأي القواعد يتعين القيام بهذا التفسير؟

هل يجب إجراؤه وفقاً لذات المبادئ العامة و الأحكام المعمول بها في تفسير القانون الوطني أم يجب على العكس من ذلك القيام بالتفسير في إطار النظام القانوني الأجنبي نفسه و الذي تنتمي إليه تلك القاعدة التي يكتنفها الغموض!

يذهب بعض الفقه إلى ضرورة تفسير القاعدة القانونية الأجنبية وفقاً للأصول و الأفكار السائدة في النظام القانوني الأجنبي الذي ينضمونها، و القول بغير ذلك من شأنه تشويه القانون الأجنبي و مخالفة الحل الذي يقرره هذا القانون فعلاً، و بالتالي مخالفة قاعدة الإسناد الوطنية ذاتها و التي أشارت باختصاصه بحكم النزاع. و يؤسس ذلك على أن النظام القانوني الأجنبي قد حل في جملته محل النظام القانوني الوطني بالنسبة للعلاقة محل النزاع.

و يدعم هذا الإثراء بعض تشريعات القانون الدولي الخاص الحديثة، و لكن هل القاضي ملزم بأن يأخذ بآراء الفقه و اتجاهات القضاء و يستأنس بها في تفسيره للقوانين الأجنبية؟ ينفي بعض الفقه عن القاضي الإلتزام بالآراء في الفقه و القضاء و يستثنى من ذلك إذا كان القضاء مصدراً رسمياً للقانون في الدولة التي يطبق قانونها، إذ يتعين في هذه الحالة أن يتقيد القاضي

بالحلول القضائية السائدة في الخارج، أي في دولة القانون الأجنبي، بل إن جانباً آخر من الفقه يؤيد فكرة التزام القاضي بالحلول القضائية المستقرة في الدولة التي يطبق قانونها دون تفرقة في ذلك بين كون القضاء مصدرًا رسمياً للقانون أولاً يعد كذلك، بل يخول الفقه للقاضي سلطة تقدير التفسير الذي يقدمه أطراف النزاع أو الخبير في الدعوى، فيرفضه إذا كان يستند إلى قضاء أو فقه مهجور أو إذا كان التفسير واسعاً لا يحتمله النص القانوني الأجنبي محل التفسير، كما أن القاضي لا يتقيد من ناحية أخرى باتفاق الخصوم على تفسير معين مادام قد أوضح أسباب ذلك بطريقة كافية تزيل اللبس.

ثانياً: رقابة المحكمة العليا على تفسير القاضي الوطني للقانون الأجنبي :

إذا عمل القاضي القانون الأجنبي الذي أشارت باختصاصه قاعدة الإسناد الوطنية وأخطأ في تأسيس حكمه على قاعدة غير نافذة في النظام القانوني الأجنبي أو على ترجمة غير دقيقة أو على تفسير غير صحيح لأحكام ذلك القانون وقواعده ورفع الطعن بذلك أمام محكمة النقض سخطاً في تطبيق القانون أو تأويله أو تفسيره، فهل يجوز هذا الطعن القبول؟

(1) موقف محكمة النقض الفرنسية :

تفرق محكمة النقض الفرنسية بين الرقابة على أعمال قاعدة الإسناد من ناحية والرقابة على تفسير القانون الأجنبي الذي تشير باختصاصه ذات القاعدة من ناحية أخرى ، ففيما يتعلق بالأول استقرت أحكام محكمة النقض على نقض أحكام محكمة الموضوع التي لم تطبق القانون المشار إليه بموجب قواعد الإسناد الوطنية ، على الأقل إذا كان الخصوم قد سبق لهم التمسك أمام محكمة الموضوع بهذه القواعد ، وقد أيد الفقه الفرنسي في مجموعة هذا الموقف من جانب المحكمة العليا على أساس أن عدم تطبيق القانون الأجنبي المختص طبقاً لقاعدة الإسناد الوطنية يشكل خرقاً لهذه القاعدة باعتبارها هي التي أشارت بتطبيق هذا القانون الأجنبي .

أما فيما يتعلق بالرقابة على تفسير القانون الأجنبي فقد استبعدت محكمه النقض الفرنسية أن تفرض رقابتها على المحاكم الدنيا إذا ما تبين لها أن هذه الأخيرة قد طبقت القانون المختص ولكنها أساءت تفسيره ، وقد أثار هذا الموقف السلبي للمحاكم العليا خلافا كبيرا في الفقه الفرنسي بين مؤيد ومعارض لمخلص منها إلى أنه يتعين على المحاكم العليا إن أرادت تحقيق مهمتها على توحيد الحلول القضائية السائدة في الدولة أن تفرض رقابتها على تفسير قواعد القانون وطنية كانت أم أجنبية .

وقد أحسنت المحكمة العليا المصرية صنعا عندما بسطت سلطاتها لتشمل بجانب رقابتها على حسن تطبيق القانون المصري رقابتها كذلك على تطبيق وتفسير القانون الأجنبي ، ونأمل أن يحدو القضاء اليمني حذو القضاء المصري في هذا الشأن .

المبحث السادس

مشكلة موانع تطبيق القانون الأجنبي

مفهوم موانع تطبيق القانون الأجنبي وكيف ينشأ؟ ويتحقق. ترجع موانع تطبيق القانون الأجنبي إلى أسباب لا تتعلق بتعذر الكشف عن مضمونه على النحو سالف الذكر، وإنما قد يحدث من ناحية أن يبين القاضي أن تطبيق القانون الأجنبي المختص بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية والمناهج الأخرى يصطدم بالمبادئ الأساسية السائدة في دولة القاضي، أو ما اصطلاح عليه النظام العام وهو ما يدفعه إلى استبعاد أو عدم تطبيق أحكام هذا القانون و تطبيق القانون الوطني باسم النظام العام أو القواعد المادية أو الموضوعية العامة المشتركة باسم النظام العام الدولي الأمر المطلق.

و من ناحية ثانية قد يبين للقاضي من ظروف الدعوى و ملاساقها أن الخصوم قد تعمدوا أن يغيروا من ضابط الإسناد المتغير حتى يتسنى لهم الإفلات من أحكام القانون المختص. و يؤكد الفقه الحديث حق القضاء في سد الطريق أمام تحايل الخصوم و ذلك بإعمال نظرية الغش نحو القانون. و مؤدى ذلك أن يمتنع القاضي عن إعمال حكم القانون الذي سعى الخصوم إلى تطبيق أحكامه عن طريق التحايل، و القيام بتطبيق القانون الذي كان مختصاً أصلاً بحكم النزاع.

و على هذا النحو سنعالج في هذا المطلب النظام العام في الفرع الأول، والغش نحو القانون في الفرع الثاني، و ذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

الدفع بالنظام العام في مجال العلاقات ذات الطابع الدولي

أولاً: مفهوم فكرة الدفع بالنظام العام و تطورها:

فهي وسيلة أو سلاح يستخدمه القاضي ليحول دون تطبيق القانون الأجنبي التي تتعارض مع المبادئ الأساسية السائدة في دولته. و قد نصت المادة (36) من القانون المدني اليميني على أنه " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي تعين تطبيقه طبقاً للنصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو الآداب العامة في الجمهورية.

و يعد النص السابق تعبيراً عن مبدأ استقرار عليه القضاء، في كافة دول العالم، فإذا كان المشرع الوطني قد سمح بتطبيق القوانين الأجنبية على إقليمه في بعض الفروض، فإن هذا لا يعني - كما قرر البعض - أنه قد منح توتيقاً على بياض لتشريعات دول العالم جميعها.

إذ من غير المقبول أن يطبق القاضي الوطني قانوناً أجنبياً يتعارض مفهومه مع النظام العام في دولته. أي مع المثل العليا و المبادئ الأساسية و الجوهرية السائدة في دولة القاضي، و بهذا تكون فكرة النظام العام بمثابة "صمام الأمان" الذي يحمي الأسس الجوهرية في المجتمع من القوانين الأجنبية.

و فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص بالمفهوم السابق فكرة حديثة نسبياً، حيث يرجع الفضل في إبرازها بهذا المفهوم الحديث إلى الفقيه الألماني سافيني SAVIGNY و إن كان من الممكن استخلاصها ضمناً من فقه نظرية الأحوال في القرن الثالث عشر الميلادي، حيث فرق الفقيه "بارتول" BARTOL بين الأحوال الملازمة أو المفيدة و الأحوال البغيضة أو المستهجنة، فالأحوال الملازمة هي القوانين التي تصاحب الشخص أينما ذهب، فتطبق عليه حتى و لو غادر الإقليم، أي هي التي يمكنها الإمتداد خارج الإقليم، أما الأحوال البغيضة فهي

القواعد التي لا تتعدى آثارها حدود الإقليم الذي أصدرها. إذ تعتبر هذه التفرقة نواة فكرة النظام العام بالمعنى الحديث، و بوصفها وسيلة لمنع تطبيق القوانين الأجنبية المعارضة مع الأسس التي يقوم عليها كيان المجتمع الوطني.

و في القرن التاسع عشر جاء مانشيبي و استخدم بدوره فكرة النظام العام كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي، و هو أول من أبرز فكرة النظام العام و مسمماها باسمها الحالي.

و قد قرر الفقهاء و على رأسهم مانشيبي - في هذا القرن - أن هناك مجموعة من قوانين الدولة يمكن وصفها بقوانين النظام العام و اعتبروا هذه القوانين إقليمية التطبيق.

و من أمثلة هذه القوانين قوانين الملكية العقارية و قوانين الأمن المدني و كذا القانون العام، غير أن الفقه الحديث قد انتقد هذا الخلط بين فكرة الإقليم و فكرة النظام العام، كما عدل عن الإستعانة بفكرة النظام العام كأساس لبناء قواعد الإسناد و إن كان قد استقر على استعمال النظام العام كوسيلة لحماية نظام القانون الوطني من القوانين الأجنبية، كما يؤكد هذا الإتجاه الحديث نحو إفساح المجال للدور التقليدي للنظام العام في بعض الفروض، كفكرة القواعد ذات التطبيق المباشر أو الضروري، أو تأمين المجتمع و كتلك المتعلقة بالتأمين الإجتماعي و نظم التأمين، و بصفة إجمالية كل المسائل التي تمس تنظيم كيان الدولة الاجتماعي و الاقتصادي، حتى و لو لم تكن من موضوعات القانون العام.

و كذا الاعتراف للقاضي بسلطة تقديرية واسعة في فحص كل حالة على حدة، ليرى ما إذا كان تطبيق القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام من عدمه بالنسبة للمسألة المعروضة، و لا تعني هذه السلطة ترك الأمر لتقديره الشخصي و لمعتقداته الخاصة، و إنما يتوجب عليه أن يستلهم المبادئ الجوهرية السائدة في دولته، و لهذا فقد استقر الرأي على إخضاع تقدير القاضي في هذا المجال لرقابة محكمة النقص، فالدفع بالنظام العام هو استثناء يعطل تطبيق قاعدة الإسناد، و هو بهذه المثابة مسألة قانون تخضع بالضرورة لرقابة المحكمة، و هي رقابة تبدو لازمة لتوحيد الحلول القضائية في شأن هذه المسألة الجوهرية. و رغم إخفاق الفقه في ضبط فكرة

النظام العام باعتبارها فكرة مرنة تختلف من دولة إلى أخرى و من زمان لآخر داخل كل دولة إلا أنه قد حاول مع ذلك وضع موجهات عامة يمكن عن طريقها إلقاء الضوء على هذه الفكرة. و يجمع الفقه في شأن هذه الموجهات أيا كانت إتجاهاته على فكرة أساسية هي ضرورة استبعاد أحكام القانون الأجنبي الذي يتعارض تطبيقه مع الأسس الأساسية و الاجتماعية و الاقتصادية في الدولة. و مهما يكن من أمر هذه التوجهات المقترحة، فإن الأمر الذي لا جدال فيه هو أنها لم تضع تعريفاً منضبطاً لفكرة النظام العام، فهي تكفي بإبراز الهدف الذي تسعى هذه الفكرة إلى تحقيقه و هو حماية المصالح العليا في المجتمع. و انطلاقاً من هذا الهدف كان اجتهادنا للتعريف السابق من ناحية، و التفرقة بين أنواع النظام العام لتحديد مجاله و نطاقه من ناحية أخرى كما سيأتي بيانه.

ثانياً: التفرقة بين النظام العام الدولي و النظام العام الداخلي:

(1) من حيث الوظيفة و المنفعة:

يختلف الدور الذي يضطلع به النظام العام في مجال العلاقات ذات الطابع الدولي عن الدور الذي تقوم به فكرة النظام العام المعروفة في القانون الداخلي. إذ تلتخص هذه الفكرة في القانون الداخلي في القواعد الآمرة التي لا يمكن للأفراد مخالفتها باتفاق خاص.

أما فكرة النظام العام الدولي فتهدف إلى استبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت قواعد الإسناد باختصاصه.

(2) من حيث النتيجة:

و يترتب على اختلاف الوظيفة بين النظام العام في مجال القانون الداخلي عنه في مجال العلاقات ذات الطابع الدولي إختلافاً آخر في النتيجة المترتبة على أعمال كل منهما.

فإعمال فكرة النظام العام في المجال الداخلي لا تؤدي إلى تغيير في الاختصاص التشريعي. أي لا تؤدي إلى إحلال قانون آخر محل القانون الوطني المختص بحكم العلاقة أصلاً و إنما يؤكد - العكس من ذلك - الاختصاص التشريعي لهذا القانون عن طريق إبطال أي اتفاق يخالف أحكامه. أما إعمال فكرة النظام العام الدولي فمن شأنه تغيير الاختصاص التشريعي إذ يترتب عليه استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق ليحل محله قانون آخر لم يكن مختصاً بحكم النزاع أصلاً.

(3) من حيث المجال.

و فيما يتعلق بمجال الفكرتين: فيلاحظ أن مجال فكرة النظام العام في العلاقات ذات الطابع الدولي أضيق من مجال فكرة النظام العام في المجال الداخلي، فالحالات التي لا يجوز فيها للأفراد الإتفاق على ما يخالف القواعد الآمرة في القانون الداخلي تفوق بكثير الحالات التي يستبعد فيها تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام في دولة القاضي. فكل ما يعد من النظام العام في العلاقات ذات الطابع الدولي يعتبر حتماً من النظام العام الداخل، في حين أن العكس غير صحيح، بمعنى أن كل ما يعتبر من النظام العام في المجال الداخلي لا يعد حتماً من النظام العام في مجال العلاقات ذات الطابع الدولي، و يرجع الفقه السبب في ضيق مجال النظام العام في العلاقات ذات الطابع الدولي إلى ما يؤدي إليه إعمال الفكرة من نتيجة بالغة الخطورة، باعتباره يقطع المجرى الطبيعي للمعاملات الدولية و لعلاقات الأفراد المختلفة في المجال الدولي، فضلاً عن أنه يبطل عمل قاعدة الإسناد، بل إن عدم توقعات أطراف العلاقات لمثل هذه النتيجة يزيد من خطورة إعمال الفكرة.

أما إعمال الفكرة في المجال الداخلي فهو على عكس ذلك لا يؤدي إلى نتيجة غير متوقعة، و من السهل على الأطراف في علاقة داخلية أن يعرفوا سلفاً النتيجة المترتبة على اتفاقهم لمخالفتهم هذه القواعد.

و رغم اختلاف الفكرتين إلا أنهما يسعيان إلى نفس الهدف، و هو حماية النظام القانوني الوطني و تدعيم قوانين الدولة الأساسية سواء عن طريق منع الأطراف من الإتفاق على ما يخالفها في إطار النظام العام الداخلي أن عن طريق استبعاد القوانين الأجنبية التي لا يتفق تطبيقها مع النظام العام في مجال العلاقات الدولية. أو أن النظام العام الداخلي هو منع اتفاق الأفراد على مخالفة القواعد الآمرة مطلقاً و الآمرة نسبياً، مع إجازة مخالفة القواعد المكملّة. أما النظام العام الدولي فهو استبعاد القانون الأجنبي المخالف للقواعد الآمرة مطلقاً و إجازة مخالفة الآمرة نسبياً و المكملّة كما سيأتي بيانه.

ثالثاً: الفرق بين النظام العام الدولي الأمر النسبي و النظام العام الدولي الأمر المطلق:

(1) النظام العام الدولي الأمر النسبي (القواعد ذات الطابع الدولي الأمر النسبي):

هو مجموعة القواعد و المبادئ القانونية الأساسية التي تحمي النظام القانوني الإجتماعي و الإقتصادي و السياسي والخلقي الوطني، عن طريق استبعاد القوانين الأجنبية الواجبة التطبيق و التي تتعارض أحكامها مع ذلك النظام العام في بعض حالات معينة بمناسبة إعمال منهج قواعد الإسناد أو استثنائاً بمناسبة إعمال منهج القواعد الموضوعية و إحلال القانون الوطني محل تلك القوانين. كالقاعدة التي كانت تحرم التعامل بالنقد الأجنبي في المعاملات الوطنية و الدولية على السواء ثم أصبحت تسمح به في المعاملات و المدفوعات الدولية، و كالقاعدة التي تقضي بتحديد سن الرشد بـ18 سنة ميلادية في النظام العام الداخلي في اليمن مثلاً و في بعض الدول، بحيث لا يجوز للأفراد الإتفاق على ما يخالفها و مع ذلك فإن تطبيق القاضي اليمني لقانون أجنبي يحدد سن الرشد بأكثر من هذه السن أو أقل قد لا يصطدم بالنظام العام في اليمن و في هذه الدول، و كذا جميع القواعد التي تحضر نشأة العلاقة في دولة القاضي في حين تتسامح بترتيب آثارها أو الإحتجاج بها في هذه الدولة إذا كانت قد نشأت في الخارج بحكم أنها لا تغير استهجان المجتمع الوطني، كالقواعد التي يطبقها القاضي المسلم في مسائل الأحوال الشخصية و بعض المعاملات التي فيها عنصر أجنبي أو أكثر و إن كانت تخالف أحكام المسلمين، و القواعد التي يطبقها القاضي غير المسلم على المسلمين أو كان طرفها مسلماً طالما نشأت في الخارج و إن ترتبت آثارها أو الإحتجاج بها أمام هذا القاضي غير المسلم أو الأجنبي كالسماح بالميراث و المعاش و النفقة و الزواج الثاني بعد وقوع الطلاق في الخارج و نلخص إلى أنه أصبح اليوم الإجراء غير المألوف و سيلة مشروعة لصالح النتائج غير المحمودة و لتيسير انتقال الأفراد و السلع و الخدمات و الأموال

عبر الحدود. كالتأميم و قوانين النقد و حماية المستهلك و تنازل الدولة عن حصانتها و الخضوع لقضاء و قانون غير قضائها وقانونها في بعض العلاقات و هلم جرا.

(2) النظام العام الأمر الدولي المطلق (القواعد ذات الطابع الأمر المطلق).

هو مجموعة القواعد و المبادئ القانونية الأساسية المشتركة بين الأمم التي تحمي النظام القانوني الإجتماعي و الاقتصادي و السياسي و الخلفي الوطني و الدولي ، أو عن طريق استبعاد أو عدم تطبيق القواعد و القوانين التي تتعارض أحكامها مع تلك القواعد و المبادئ و عدم الاعتراف ابتداءً بنشأتها أو آثارها أو الإحتجاج بها و في جميع الأحوال. و بصرف النظر عن عناصرها و وصلتها بالدولة المرفوع أمامها النزاع فهي قواعد و مبادئ ذات قيمة عالية و عالمية مطلقة لا يمكن التسامح فيها. كالأحكام قطعية الثبوت و الدلالة في الشريعة الإسلامية، و القواعد العليا المشتركة بين الأمم. مثال ذلك القواعد التي تحرم السرقة و الرشوة و الغش و التدليس و الإستيلاء على المال و حقوق الإنسان، و الدفاع و تنفيذ الإلتزامات بحسن نية، و الوفاء بالعقود و نحو ذلك.

وأبجاً، شروط الدفع بالنظام العام:

يتطلب الفقه توافر شرطين لإمكان إعمال فكرة النظام العام.

أولهما، أن تشير قاعدة الإسناد إلى اختصاص قانون أجنبي معين ليحكم النزاع. أو وجود عنصر أجنبي في العلاقة

إذا لا يتصور إعمال الدفع بالنظام العام إذا كان القانون الوجب التطبيق على النزاع هو القانون الوطني، أو أن عناصرها وطنية ، و ذلك حتى في حالة وجود تنازع قوانين داخلي، باعتبار هذه القوانين المتنازعة صادرة كلها من المشرع الوطني، و يستثنى الفقه حالة الدول الفيدرالية التي تشكل كل ولاية فيها وحدة تشريعية مستقلة تمام الإستقلال، مثال ذلك حالة منع الزواج بسبب اختلاف اللون كما هو الحال في الولايات الأمريكية.

أما الشرط الثاني، فهو أن تتوافر في النزاع إحدى مقتضيات النظام العام التي تجعل تطبيق القانون الأجنبي في دولة القاضي غير مقبول لدى مجتمع هذه الدولة مما يبرر استبعاده أو عدم تطبيقه، ويرجع السبب وراء استنزام هذا الشرط أن المشرع الوطني حينما أشار عن طريق قاعدة الإسناد الوطنية لتطبيق قانون أجنبي معين لم يقصد أن يطبق ذلك القانون أياً كانت النتيجة المترتبة على تطبيقه. غير أن فريقاً من الفقه الحديث يرى أن توافر إحدى مقتضيات النظام العام لا يكفي اصطدام الحل الذي يقضي به القانون الأجنبي بالأفكار الأساسية المتعارف عليها في المجتمع الوطني، بل إن العبرة بمدى تقبل المجتمع الوطني للحل لو نظر إليه في إطار المجتمع الأجنبي نفسه، أي في إطار النظام القانوني الأجنبي المرتبط بالعلاقة، و يتطلب الفقه و القضاء في ألمانيا توافر شرط آخر ليسنى أعمال الدفع بالنظام العام و هو ضرورة وجود صلة كافية بين النزاع و بين دولة القاضي. غير أن أنصار هذا الرأي لم يتمكن من تحديد المقصود بوجود رابطة بين النزاع و بين دولة القاضي هل هي رابطة الجنسية أم رابطة الموطن، أم رابطة موقع المال؟

و قد انتهى بعضهم إلى أنه إذا لم يوجد أية رابطة فإن مجرد رفع النزاع إلى محاكم الدولة يكفي لإنشاء هذه الرابطة. و يبدو لنا أن هذا ليس صحيح إذا كان هناك قضاء يتصل به النزاع أكثر من اليمن، لأن الحكم اليمني لن يكون له أية فعالية.

ظاهراً: أثر الدفع بالنظام العام:

(1) الأثر السلبي: استبعاد القانون الأجنبي:

يترتب على أعمال الدفع بالنظام العام أثر عام، هو استبعاد أو عدم تطبيق أحكام القانون الأجنبي المتعارضة مع النظام العام في دولة القاضي غير أن السؤال يثور عن مدى استبعاد القانون الأجنبي هل نستبعد القانون الأجنبي برمته، أم تقتصر على استبعاد الجزء المتعارض فعلاً مع النظام العام الوطني من هذا القانون؟

يذهب جانب من الفقه إلى وجوب استبعاد القانون الأجنبي برمته إذا ما تعارض أي حكم من أحكامه مع النظام العام الوطني. إذ يرون أن استبعاد جزء فقط من القانون الأجنبي .. يؤدي إلى مسخ القانون الأجنبي و تطبيقه بشكل يخالف إرادة المشرع الذي وضعه، بل إن هذا التطبيق ينطوي على مخالفة لقاعدة الإسناد في دولة القاضي التي تهدف إلى تطبيق القانون الأجنبي كاملاً لا بعض أحكامه.

غير أن الفقه الغالب يرى وجوب استبعاد الجزء المخالف للنظام العام في القانون الأجنبي دون بقية أحكام القانون الأجنبي التي لا تتعارض مع النظام العام الوطني. وهذا الحل أكثر اتفاقاً في الواقع مع مفهوم الدفع بالنظام العام و الغرض من إعماله .. فإذا أمكن تلافي النتيجة المخالفة للنظام العام باستبعاد جزء من القانون الأجنبي فقط، فليس ثمة ما يمنع من تطبيق أحكام القانون الأجنبي الأخرى التي لا تتعارض مع النظام العام. إذ أن هذا الحل يهدف إلى الإحفاظ للقانون الأجنبي و لقاعدة الإسناد التي قررت تطبيقه بأكبر قسط من الفاعلية.

و مع ذلك فهناك حالة قد يضطر فيها القاضي الوطني إلى استبعاد أو عدم تطبيق القانون الأجنبي بأكمله وعدم الأقتصار على استبعاد الجزء المخالف للنظام العام، و هي الحالة التي يترتب فيها على استبعاد هذا الجزء أن يفقد القانون الأجنبي سبب وجوده أصلاً، أو أنه مخالف للنظام العام المطلق (يمكن تشبيه هذه الحالة بالعقد الذي يتضمن شرطاً غير مشروع، فإذا كان الشرط غير المشروع يمثل الباعث الحافز للعقد بحيث لا يمكن أن تقوم للعقد قائمة دون تعيين إبطال العقد بأكمله.

(2) الأثر الإيجابي: حلول قانون القاضي محل القانون المستبعد.

يترتب على إعمال الدفع بالنظام العام أثر إيجابي يتمثل في إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد و ذلك لحكم العلاقة المطروحة أمام القضاء، و يكون هذا الإحلال بشكل صريح أو بشكل ضمني. و يكون إحلال قانون القاضي بشكل صريح في الأحوال التي يترتب تطبيقه فيها إنشاء علاقة لم يكن يسمح بإنشائها القانون الأجنبي المستبعد، و مثال

ذلك أن يحظر القانون الأجنبي الزواج بسبب اختلاف الجنس في حين يسمح بذلك قانون القاضي، أما الإحلال الضمني لقانون القاضي فيمكن ملاحظته في حالة الفرض العكس للفرض السابق. أي عندما يسمح القانون الأجنبي بنشوء علاقة لم يكن يسمح القانون الوطني بإنشائها. كالزواج بين مسلمة و غير المسلم. و قانون القاضي لم يطبق هنا كما هو مبين بشكل مباشر على النزاع ليحل محل القانون الأجنبي المستبعد وإنما حل بشكل ضمني لمنع نشوء العلاقة، حيث أنه يقرر منع قيام الزواج في مثل هذه الحالة.

غير أن الفقه الألماني يرى عدم وجوب إحلال قانون القاضي محل أحكام القانون الأجنبي التي تم استبعادها بل يتعين في رأيهم البحث في القانون الأجنبي نفسه عن قاعدة أخرى محل القاعدة المستبعدة من نفس القانون، فشرط إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي عدم وجود قاعدة بديلة في القانون الأجنبي لإحلال قانون القاضي محله. و من ثم فليس هناك ما يبرر إهدار قاعدة الإسناد بل يجب الإستمرار في تطبيق القانون الأجنبي مستعيناً بإحدى قواعده الأخرى لتحل محل القاعدة المستبعدة.

و قد نادى فريق آخر من الفقهاء بتطبيق القانون الأصلح للطرف الضعيف، لأن إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد قد يخل بتوقعات الأطراف و يتضرر منه الطرف الضعيف في العلاقة، غير أنه يؤخذ على هذا الرأي أنه ينطوي على مصادرة على المطلوب. إذ أن تحديد الطرف الضعيف الواجب حمايته متوقف في الواقع على ما تقضي به القواعد القانونية التي ستحكم العلاقة، و لا يمكن معرفته طالما أن القانون الواجب التطبيق غير معلوم بعد.

و الراجح أن إحلال قانون القاضي محل القانون الذي تم استبعاده هو أسلم الحلول، و هو الحل المأخوذ به في العديد من النظم القانونية.

استقر الفقه و القضاء في مختلف الدول على التفرقة بين الحالة التي يراد فيها إنشاء مركز قانوني في دولة القاضي و الحالة التي يراد فيها مجرد الاحتجاج أو ترتيب آثار معينة على مركز قانوني تم نشوئه في الخارج، و يرون أن أثر النظام العام يختلف بالنسبة لكل حالة من الحالتين. فبالنسبة للثانية لا يكون للنظام العام نفس الأثر الذي يكون له بصدد مركز قانوني يراد إنشاؤه في دولة القاضي نفسها، ذلك أن الشعور العام في دولة القاضي لا يتأثر إزاء مركز أو علاقة تم نشؤها في الخارج بنفس القدر الذي يتأثر به إذا ما أريد إنشاء نفس العلاقة داخل إقليم دولة القاضي. و الأمثلة على الأثر المخفف عديدة، فقد جرى القضاء في كثير من الدول على السماح لمراكز قانونية تم نشؤها بالخارج كإثفاء رابطة الزوجية بالتطليق مثلاً، و بإنتاج آثارها داخل إقليم دولة القاضي رغم أنها كانت ستصطدم بالنظام العام لو أريد إنشاؤها في دولة القاضي أي النظام الأمر الدولي النسبي.

و يلاحظ أن هذه الفكرة لا تعني عدم إعمال الدفع بالنظام العام على إطلاقه، فطالما كانت هذه الآثار في ذاتها غير متنافية مع مقتضيات النظام العام الوطني فليس ثمة مبرر لإعمال الدفع بشأنها و هذا أمر يقتضيه اضطراد المعاملات الدولية و ازدهارها و تأمين حقوق الدائنين في المجال الدولي. النظام العام الأمر الدولي النسبي. أما إذا تبين أن هذه الآثار ذاتها هي من الجسمامة ما يجعلها تتنافى مع النظام العام الوطني أو الدولي المطلق حينئذ يبقى إعمال الدفع بشأنها. كطلب تنفيذ إلتزام دين قمار أو رشوة الموظف العام والغش والتدليس وأخذ مال الغير أو زواج مسلمة من غير مسلم في الخارج يقره القانون الأجنبي و لا يقره القانون الوطني. و نخلص إلى أن الدفع بالنظام العام سلاح ذو حدين يجب الإعتدال في استخدامه و إلا أطاح بالهدف الذي يسعى إليه القانون الدولي الخاص برمته من التيسير للعلاقات و ازدهارها عبر الحدود و تحقيق التعايش و التناسق الدولي للحلول و النفاذ الدولي للأحكام عبر الحدود.

المطلب الثاني

الدفع بالغش نحو القانون

أولاً، مفهوم فكرة الغش نحو القانون:

من المعلوم أن هناك ضوابط إسناد قابلة للتغير وفقاً لإرادة الأطراف، و من المتصور أن يعتمد الشخص إلى تغيير ضابط الإسناد مجرد التوصل إلى تطبيق قانون معين و التهرب بذلك من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً، فإذا كان قانون جنسية الزوج لا يسمح له بالطلاق أو التطلق، فقد يعتمد الزوج في هذه الحالة إلى تغيير جنسيته لكي يتوصل إلى تطبيق قانون يسمح بالطلاق، كذلك فقد يعتمد الشخص إلى تغيير موقع المنقول، قهراً من أحكام قانون الموقع الأول و سعيًا وراء تطبيق قانون آخر أكثر تحقيقاً لمآربه، وقد يستلزم كذلك قانون دولة معينة شكلاً خاصاً لإبرام الزواج فينتقل الطرفان إلى دولة أخرى قهراً من هذا الشكل سعيًا وراء تطبيق قانون آخر أكثر تحقيقاً لمصالحهم.

و الملاحظ في شأن الأمثلة المتقدمة أن التغيير الذي يقوم به الأطراف في ضابط الإسناد لم يقصد لذاته و إنما قصدوا أساساً الإفلات من أحكام قانون معين، و رغم أن الوسيلة في التغيير تعد في ذاتها مشروعاً، ذلك أن كل فرد من حقه تغيير جنسيته أو بلد إبرام التصرف أو موقع المال، فإن استخدام هذه الوسيلة المشروعة قد قصد به التوصل إلى هدف غير مشروع، هو التحايل على أحكام قانون معين و هو ما درج على تسميته بالغش نحو القانون. و يمكن القول بأن مفهوم الغش نحو القانون هو تغيير ضابط الإسناد بشكل متعمد للتهرب من القانون الواجب التطبيق أصلاً.

ثانياً: نشأة نظرية الدفع بالغش نحو القانون:

و قد ظهرت هذه النظرية لأول مرة أمام القضاء الفرنسي بمناسبة قضية شهيرة في فقه القانون الدولي الخاص، هي قضية الأميرة "دي بوفرمون".

و تتلخص وقائع هذه القضية في أن سيدة بلجيكية الأصل تزوجت من الأمير الفرنسي "دي بوفرمون" و اكتسبت الجنسية الفرنسية بناء على ذلك، ثم أرادت بعد ذلك الطلاق منه، و لما كان القانون الفرنسي وهو القانون الواجب التطبيق في هذا المجال بوصفه قانون الجنسية لا يجيز الطلاق في ذلك الحين فإن الزوجة قامت بالتجنس بجنسية إحدى الدويلات الألمانية التي يسمح قانونها بالطلاق، و استطاعت بذلك الحصول على الطلاق من زوجها الأمير الفرنسي، و تزوجت بأمير روماني يدعى "بييسكو" و أقامت معه في فرنسا، و حدث بعد ذلك أن رفع زوجها الأول دعوى طالب فيها ببطلان الزواج الثاني، بناء على أن تجنس الزوجة كان يهدف إلى الغش نحو القانون و من ثم فلا يعتبر الطلاق صحيحاً و بالتالي يبقى الزواج الأول قائماً.

و قد قضت محكمة النقض الفرنسية لصالح الزوج الأول، و استندت في قضائها إلى فكرة الغش نحو القانون، إذ أن تغيير السيدة المذكورة جنسيتها قد قصد به أساساً التحايل على أحكام القانون الفرنسي الذي يحظر الطلاق، و انتهت المحكمة بذلك إلى عدم نفاذ الطلاق و الزواج الثاني مع بقاء الزوجية الأولى قائمة. و منذ ذلك التاريخ استقر القضاء الفرنسي على الأخذ بنظرية الغش نحو القانون.

ثالثاً: شروط الدفع بالغش نحو القانون:

يشترط لإعمال الدفع بالغش نحو القانون شرطان. شرط مادي: هو إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد، و شرط معنوي: هو توافر نية التحايل أو الغش نحو القانون.

(1) إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد العنصر المادي:

يشترط القضاء الفرنسي لإمكان الدفع بالغش نحو القانون أن يتوافر العنصر المادي في الغش و هو إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد، و يكون ذلك بتغيير الجنسية أو موقع المنقول عل النحو الذي أوردناه سابقاً، و يشترط أن يكون التغيير فعلياً، إذ لو كان تغيير ضابط الإسناد صورياً لما كنا في حاجة إلى أعمال الدفع بالغش نحو القانون، إذ يكفي في هذا الفرض التمسك بأحكام الصورية لإهدار كل أثر لهذا التغيير، فإذا غير الشخص من موطنه تغييراً صورياً، فإن العبرة في هذه الحالة هي بالموطن الحقيقي.

و من ناحية أخرى يشترط أن يكون التغيير مشروعاً - و لعل هذا هو وجه الطرافة في الغش - إذ لو كانت الوسيلة المستخدمة في التغيير غير مشروعة كأن يتم تغيير الجنسية عن طريق الغش في أحكام الجنسية - كتقديم بيانات كاذبة - فإنه لا يجوز الإعتداد في هذه الحالة بالجنسية المكتسبة عن طريق الغش، و تكون العبرة بالجنسية الأولى، و في مثل هذا الفرض لن يكون لنا حاجة إلى أعمال الدفع بالغش نحو القانون، لأن لدينا من الوسائل القانونية الأقوى ما يكفل للحيلولة دون تحقيق النتائج التي أرادها الأطراف، إذ يكفي في هذه الحالة إثبات عدم صحة الوسيلة التي لجأ إليها الأفراد، أو صورية هذه الوسيلة، أما لو كانت الوسيلة مشروعة فهنا تكمن الخطورة إذ يهدف الشخص التوصل إلى نتيجة غير مشروعة، و في هذا الفرض تبدو أهمية الدفع بالغش لتلافي تحقق هذه النتيجة.

(2) نية التحايل أو الغش نحو القانون "العنصر المعنوي":

كذلك يشترط لإمكان أعمال هذا الدفع اتجاه نية الأطراف إلى تجنب القانون المختص أصلاً بحكم العلاقة، و يترتب على الغش نحو القانون عادة إضرار بمصالح مشروعة للغير، فبجنس الأميرة "دي بوفرمون" بالجنسية الألمانية بقصد الإفلات من حكم قانون جنسيتها الأولى الذي كان يحظر الطلاق قد تترتب عليه بالفعل تمكنها من الحصول على الطلاق ثم زواجها بزواج آخر و هو ما يشكل إضرار بمصالح الزوج الأول الذي لم يتردد في المطالبة

ببطلان الزواج الثاني. و هو ما دفع البعض إلى تعليق توافر أركان الغش على شرط تحقق النتيجة غير المشروعة التي يسعى إليها مرتكب الغش بوصفه شرط منفصل عن مجرد نية التحايل على القانون.

و الراجع عدم اشتراط تحقق النتيجة المرجوة كشرط منفصل للغش نحو القانون و كذا اشتراط قصد الإضرار بالغير، ذلك أن الدفع بالغش يهدف أساساً إلى حماية الحكم الآمر الذي تتضمنه قاعدة الإسناد حينما تشير باختصاص قانون معين بوصفه أكثر القانونين ملائمة لطبيعة العلاقة المطروحة، و يكفي في هذا مجرد توافر نية الإفلات من هذا الحكم الآمر حتى يتحقق للغش أثره.

و للقاضي سلطة التقصي عن نية الغش و استظهارها من خلال الوقائع المطروحة أمامه. و استخلاص هذه النية من ظروف الدعوى هو من مسائل الواقع التي تخضع لمطلق تقدير القاضي و نفلت بذلك من رقابة محكمة النقض. و مع ذلك فمهمة القاضي في هذا السبيل ليست يسيرة في جميع الفروض، و هو ما دعى البعض إلى أنكار أثر الغش في مجال التنازع، ولكن هذا الرأي يجافي الواقع و الحقائق الوضعية، فالقاضي لا يعدم الوسيلة في استظهار نية الغش من ظروف الدعوى و ملاسقاتها، و قد ظهرت جلياً في قصة الأميرة "دي بوفرمون" بعد أن تبين القاضي الفرنسي من خلال الوقائع المطروحة أمامه أن الأميرة المذكورة قد سارعت بطلب الطلاق في اليوم التالي لتجنسها بالجنسية الألمانية، مع عجزها عن الإستناد إلى سبب مقبول يرر تصرفها على هذا النحو.

رابعاً: نطاق الدفع بالغش نحو القانون و أساسه القانوني.

1- نطاق التجهت أحكام القضاء الفرنسي يؤيده جانب كبير من الفقه الفرنسي في البداية إلى قصر أعمال نظرية الغش على الأحوال التي يتهرب فيها الشخص من أحكام القانون الفرنسي، و الظاهر أن هذا الرأي قد وجد أن التهرب من الأحكام الآمرة في قانون القاضي هو الذي يمس المصالح العامة في دولة القاضي، و يرر بالتالي أعمال نظرية الغش، كما أن هذا

الإتجاه هو الذي يتفق مع تصور القانون الأجنبي على أنه مجرد عنصر من عناصر الواقع، و ذلك خلافاً للقانون الوطني الذي يتعين على القاضي حماية قواعده الآمرة.

و قد انتقد الفقه الحديث هذا الإتجاه مقررأ ضرورة إعمال نظرية الغش سواء أكان المقصود هو التهرب من أحكام القانون الوطني أم الإفلات من أحكام قانون أجنبي، باعتبار الغش نحو القانون يستند على إعتبارات خلقية يستوي في شأنها التحايل الذي قصد به التهرب من أحكام قانون القاضي أو التهرب من أحكام قانون أجنبي.

كما أن التحايل على حكم القانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الإسناد الوطنية باختصاصه يتضمن إذن تحايل على هذه القاعدة ذاتها، و يعد بالتالي غشاً نحو القانون الوطني. و قد دعم هذا الإتجاه القضاء الفرنسي الحديث.

2- أساسه . أما الأساس القانوني لنظرية الغش ففيها تفصيل. فقد حاول جانب من الفقه أن ينكر على الغش أثره في هذا المجال، و حجته في ذلك أن تغيير الجنسية أو الموطن أو موقع المال مثلاً لا يعدو أن يكون استعمالاً مشروعاً لحق أو رخصة، و بالتالي فلا يصح بعد ذلك أن ينسب إلى الشخص ارتكابه للغش مادام أنه قد استعمل وسيلة مشروعة في ذاتها.

و يضيف البعض أن قيام القاضي بالبحث عن نية الغش هو إقحام له في مجال شائك يصعب إثباته، لكن الراجح لا يوافق هذا الإتجاه. فالتغيير على النحو السالف ذكره لم يقصد به لذاته و إنما قصد به التوصل إلى هدف غير مشروع هو التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً.

أم القول بصعوبة البحث عن نية الغش، فهي حجة واهية، فهذه المهمة ليست جديدة على القضاء، و نصوص القانون المدني زاخرة بالحالات التي يطلب فيها من القاضي إستقصاء النية و البحث عن الباعث، و أصبح راسخاً في الفقه و القضاء في و جوب مطاردة الغش رغم

سكوت المشرع عن تنظيم هذه المسألة في بعض البلدان. ورغم اتفاق غالبية الفقه على وجوب مصادرة الغش، إلا أنهم قد اختلفوا مع ذلك حول الأساس القانوني لهذا الحل.

فذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن نظرية الغش لا تعدو أن تكون صورة من صور النظرية العامة في التعسف في استعمال الحق، أي يتعين أن لا يكون الهدف من التغيير هو التهرب من الأحكام الآمرة في القانون الواجب التطبيق. إلا أن ربط الغش نحو القانون بنظرية التعسف لم يلق رواجاً لأن أعمال المبادئ العامة في التعسف قد يؤدي بالقاضي إلى الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية في حين أن نظرية الغش تهدف أساساً إلى تحقيق نتيجة محددة، هي استبعاد أحكام القانون المختص بناء على ضابط الإسناد المتفعل و تطبيق القانون الذي كان مختصاً بحكم النزاع أصلاً و الذي يسعى الخصم إلى التهرب من أحكامه، و يرى جانب آخر من الفقه أن الدفع بالغش ليس سوى تطبيق من تطبيقات الدفع بالنظام العام، و هذا يتعين استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في هذه الحالة باسم النظام العام، و إحلال قانون القاضي بدلاً منه. إلا أن هذا الرأي يجانبه الصواب. ذلك أن فكرة النظام العام تختلف اختلافاً أساسياً عن فكرة الغش. فاستبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام يقوم على تعارض مضمون هذا القانون مع الأسس الجهورية في دولة القاضي و إحلال القانون الوطني مكانه، بينما استبعاد القانون الأجنبي بناء على الدفع بالغش يرجع إلى عنصر النية في استعمال قاعدة الإسناد و إحلال القانون المختص أصلاً محل القانون الذي انتقل له الاختصاص غشاً و استقرار الفقه و القضاء الحديث على أعمال الدفع بالغش في حالة التهرب من أحكام القانون المختص وطنياً كان أم أجنبياً. خير دليل على استقلال نظرية الغش عن فكرة النظام العام. وبالتالي فأساسها قاعدة وجوب مطاردة الغش أينما وجد ، لأن الغش يفسد كل شيء .

خامساً، أثر الغش و الجزاء المترتبة عليه:

يرى جانب من الفقه الفرنسي أن الغش لا يتناول عدم نفاذ النتيجة التي يهدف إليها الشخص من وراء تغيير ضابط الإسناد فقط بل إنه يتناول أيضاً الوسيلة التي لجأ إليها الشخص للتوصل إلى النتيجة غير المشروعة. و على هذا الأساس فإن أثر الغش في قضية الأمير "دي بوفرمون" لا يقتصر على عدم نفاذ الطلاق و الزواج الثاني الذي أبرمته الأميرة - آنفة الإشارة إليها - وفقاً لقانون جنسيتها الجديد القانون الألماني، بل يعين القول أيضاً بعدم الاعتداد بالتجنس بالجنسية الألمانية و هي الوسيلة التي لجأت إليها الأميرة للتوصل إلى الطلاق. إذ من غير المستساغ أن يعترف للجنس ببعض آثاره في دولة القاضي بفرنسا دون البعض الآخر. و يبدو أن هذا هو الراجح منعاً للغش وقتله في مهده، و عدم الإضرار بالمراكز القانونية و استقرارها، و معاملة الغاش بنقيض قصده.

و يرى جانب آخر من الفقه الفرنسي إلى أن أثر الغش ينحصر في عدم نفاذ النتيجة غير المشروعة التي سعى الشخص إلى التوصل إليها و على ذلك ففي القضية السابقة ينحصر أثر الغش على عدم نفاذ الطلاق و الزواج الثاني الذي سعت إلى تحقيقها الأميرة المذكورة، و لهذا يبقى تجنس الأميرة منتجاً لآثاره القانونية في خارج حدود القضية المطروحة. أي أن أثر الغش ينصب على استبعاد تطبيق القانون الذي ثبت له الاختصاص افتعالاً و إعادة الاختصاص إلى القانون الذي أراد الشخص التهرب من أحكامه، فآثر الغش إذن هو مجرد أثر جلولي أو استبدالي، أي أن القانون المختص أصلاً يحل محل القانون الذي حاول الخصم أن يتوصل إلى تطبيقه حينما أقدم على تغيير ضابط الإسناد قهراً من أحكام القانون الدولي، و بناء على ما تقدم تبقى كافة الآثار الأخرى المترتبة على اكتساب الخصم الجنسية الجديدة قائمة، و أن أي نزاع مستقبلي يتعلق بأهلية هذا الشخص يقتضي تطبيق قانون جنسيته الجديدة مادام أنه لم يقم بتغيير جنسيته قهراً مما يقتضي به قانونها في شأن الأهلية بالنسبة لهذا النزاع بالذات. و نفس الشيء لو غير الشخص موقع المنقول، فإن أعمال نظرية الغش ينحصر في عدم الاعتداد بهذا التغيير و تطبيق أحكام قانون الموقع الأول الذي كان مختصاً أصلاً بحكم النزاع، و في

خارج هذه الحدود يجوز الإعتداد بالموقع الجديد، كما لو استجد أمام القضاء بعد ذلك نزاع يتعلق بما أصاب هذا المنقول من تلف نتيجة خطأ الغير، ففانون الموقع الفعلي الذي حدث معه الفعل الضار هو الذي سيحكم المسؤولية التقصيرية في هذا الفرض.

الباب الثاني

الضوابط المقررة لتنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون اليمني والمقارن

تقسيم و تمهيد:

تحت ضغط الواقع المعاصر و اطراد ظاهرة انتقال الأفراد و السلع و الخدمات و الأموال عبر الحدود تواضعت الدول على أن تعترف كل منها بأثر في إقليمها في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، فهي تحدد الحالات التي ينعقد فيها الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها بما يكفل تحقيق العدالة و حماية الحقوق المقررة، و كذا الاعتراف بأثار الأحكام الأجنبية و أحكام التحكيم الدولية لما تقتضيه حاجة المعاملات الدولية التي توجب هذا الاعتراف.

و لما كان فض تنازع قوانين المرافعات أو ما يطلق عليه قواعد الاختصاص القضائي الدولي يشكل أولى مراحل فض النزاع ذي الطابع الدولي، كان من المنطقي أن نبدأ بدراسة الحلول المقررة لتنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون اليمني، و بناء على ما تقدم سنقسم هذا الباب إلى فصلين يسبقهما فصل تمهيدي. ففي الفصل التمهيدي نتناول فيه تعريف الاختصاص القضائي الدولي و علاقته بالاختصاص التشريعي و التأثير المتبادل بينهما في مبحث أول. ثم نعرض للضوابط العامة لتحديد الاختصاص القضائي الدولي في مبحث ثاني. أما الفصل الأول فنعرض فيه ضوابط اختصاص المحاكم اليمنية للمنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي و في الفصل الثاني نعرض فيه آثار الأحكام الأجنبية بما فيها أحكام التحكيم و سندات التنفيذ الدولية في اليمن.

الفصل التمهيدي

المبحث الأول

تعريف الاختصاص القضائي الدولي و علاقته بالاختصاص التشريعي و التأثير المتبادل بينهما

لا جدوى من أن يقرر المقنن للفرد حقاً إذا لم يكفل له حماية هذا الحق عند الإقتضاء، فالإعتراف للفرد بتمتع و ممارسة حق معين يستتبع وجوب السماح لصاحبه بالدفاع عنه و الإحتجاج به أمام القضاء، و المحاكم الداخلية لكل دولة هي التي تتكفل بحل كافة المنازعات التي تقوم بين الأفراد سواء أكانت هذه المنازعات وطنية بحتة أم كانت مشتملة على عنصر أجنبي، فلا توجد حتى الآن هيئة قضائية دولية تتكفل بفض المنازعات الداخلية في نطاق القانون الدولي الخاص.

أولاً: تعريف الاختصاص القضائي الدولي وأهميته وأساس وجوده

و يقصد بالاختصاص القضائي الدولي بيان القواعد التي تبين الحدود التي تباشر فيها محاكم دولة معينة وظيفة القضاء بالمقابلة للحدود التي تباشر فيها محاكم الدولة الأجنبية هذه الوظيفة، أي نصيب محاكم الدولة برمتها من ولاية القضاء إزاء غيرها من محاكم الدول الأخرى. أما المعنى الفني لتنازع الاختصاص القضائي الدولي فقد سبق أن عرفناه بأنه تزامن أو تعدد محكمتين أو أكثر لدولتين أو أكثر و اختيار أكثر المحاكم صلة بالنزاع. فقواعد الاختصاص القضائي الدولي في اليمن تحدد الحالات التي ينعقد فيها الاختصاص للمحاكم اليمنية بنظر المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي و الحالات التي تنتفي عنها، فإذا ما طرحت منازعة مشتملة على عنصر أجنبي أمام القضاء اليمني، فإنه يتعين على القاضي المطروح أمامه النزاع البحث عما إذا كانت هذه المنازعة تدخل ضمن ولاية محاكم دولته أم لا، و هو في ذلك يستعين بقواعد الاختصاص القضائي الدولي أما أساس وجوده فيتمثل في

وجود عنصر أجنبي وعدم وجود محكمة عليا دولية وعدم التلازم بين الاختصاصين القضائي والتشريعي ومبرراته .

و يقتضي تحديد ماهية الاختصاص القضائي الدولي، التفرقة بين قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم و قواعد الاختصاص القضائي الداخلي لها، كما أنه ينبغي إبراز أوجه الشبه و أوجه الاختلاف بين قواعد الاختصاص القضائي الدولي و قواعد الاختصاص التشريعي، أي قواعد تنازع القوانين.

ثانياً: التفرقة بين الاختصاص القضائي الدولي و الداخلي:

فبالنسبة للتفرقة بين قواعد الاختصاص القضائي الدولي و قواعد الاختصاص الداخلي يمكن القول بأنه إذا طرح على القاضي نزاع مشتمل على عنصر أجنبي، فإنه يتعين عليه أولاً أن يفصل في مسألة اختصاصه أو عدم اختصاصه بنظره، و هذا يقتضي إعمال طائفتين من القواعد:

الأولى: تشمل قواعد الاختصاص الداخلي الدولي، و هي التي تحدد حالات اختصاص محاكم الدولة إزاء غيرها من محاكم الدول الأخرى.

الثانية: تضم قواعد الاختصاص الداخلي، و هي التي تحدد اختصاص كل محكمة من محاكم الدولة إزاء غيرها من محاكم نفس الدولة، فإذا تحدد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم دولة معينة دون أخرى، سمي الاختصاص هنا بالاختصاص القضائي الدولي، و هو ما يطلق عليه بعض الفقهاء، باصطلاح الاختصاص العام لمحاكم الدولة، و ذلك تمييزاً له عن الاختصاص الخاص أو الداخلي. أي اختصاص محاكم الدولة ذاتها بالنسبة لبعضها بعضاً، وقد استعمل المشرع اليمني في قانون المرافعات اصطلاح الاختصاص الدولي للمحاكم، و يبني على هذا التمييز أن تحديد الاختصاص القضائي الدولي هو مسألة سابقة على تحديد الاختصاص الداخلي أو الخاص، فإذا تحددت محاكم الدولة المختصة دولياً بالنزاع أمكن بعد ذلك تحديد

المحكمة المختصة داخلياً من بين هذه المحاكم التي تبث لها الاختصاص القضائي الدولي، فبحث الاختصاص القضائي الدولي يسبق بالضرورة بحث الاختصاص الداخلي بحيث لو انتفى الاختصاص الأول لما قام أصلاً الاختصاص الثاني.

و موضوع الاختصاص القضائي الدولي أدخل في دراسة القانون الدولي الخاص منه في دراسة قانون المرافعات، لأن القانون الدولي الخاص لا يعني فقط بيان الحلول الواجبة الإلتباع في تنازع القوانين، وإنما يمتد دوره أيضاً إلى بيان قواعد الاختصاص القضائي الدولي، لأنه يتناول بحث العلاقات ذات العنصر الأجنبي سواء من حيث القانون الذي يحكمها، أو المحاكم التي تنظرها.

فمسألة الاختصاص الدولي تلعب دوراً هاماً في عالم تتزايد فيه العلاقات الدولية باطراد مستمر أدى إلى تزايد مستمر في الأقضية ذات الطابع الدولي التي يجري طرحها على المحاكم الوطنية في الدول المختلفة.

ثالثاً: العلاقة بين الاختصاص القضائي و الاختصاص التشريعي في مجال القانون الدولي الخاص.

و بالنسبة للفرقة بين الاختصاص القضائي الدولي و الاختصاص التشريعي أي قواعد تنازع القوانين فإن فقهاء القانون الدولي الخاص يؤكدون ضرورة الفصل بين هذين النوعين من الاختصاص، لاستقلال مشكلة تنازع الاختصاص القضائي الدولي عن مشكلة تنازع القوانين، فالمشكلة الأولى تتعلق بتحديد اختصاص المحاكم الوطنية إزاء المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي، و هي بذلك تبدو مشكلة قائمة بذاتها و مستقلة عن مشكلة الاختصاص التشريعي. أي مشكلة تعيين القانون الواجب التطبيق على هذه المنازعة، و بالتالي ينبغي عدم الخلط بينهما.

فالقول بأن محاكم الدولة لا يثبت لها الاختصاص إلا بالنسبة للنزاعات التي تخضع لقوانين الدولة وحدها يعني الأخذ بمبدأ إقليمية القوانين على إطلاقه الذي تخفي معه مشكلة تنازع القوانين.

كما إن القول بأن محاكم الدولة لا تكون مختصة إلا إذا كان قانون هذه الدولة هو الواجب التطبيق، يعني إختفاء مشكلة تنازع الاختصاص القضائي الدولي، إذ أن عقد الاختصاص لقانون هذه الدولة يجعل محاكمها مختصة بتطبيقه.

و إذا كان الأصل إذن هو عدم التلازم بين الاختصاص القضائي و الاختصاص التشريعي، بمعنى أن المحكمة المختصة يصح أن تطبق قانوناً غير قانونها، كما أن عقد الاختصاص لقانون دولة معينة لا يعني بالضرورة ثبوت الاختصاص لحاكمها فإن هذا الإنفصال ليس على إطلاقه، إذ يستعيد التلازم مكانه في بعض الحالات كما سنرى في معالجتنا للتأثير المتبادل بين الاختصاصين القضائي و التشريعي، و في حالات أخرى نتيجة لأوجه الشبه و الاختلاف بين الاختصاصين.

وأيضاً: أوجه الشبه و أوجه الإختلاف بين الاختصاص القضائي و الاختصاص التشريعي،

تتفق قواعد الاختصاص القضائي الدولي مع قواعد الاختصاص التشريعي من حيث اتصافهما بالوطنية غالباً، فكما أن كل دولة تستقل بتحديد قواعد الإسناد التي تشير بتطبيق أكثر القوانين ملاءمة لحكم العلاقة القانونية المتضمنة عنصراً أجنبياً، فإن كل دولة تستقل أيضاً بتحديد قواعد الاختصاص الدولي لحاكمها في المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي، فكل من قواعد تنازع الاختصاص و قواعد تنازع القوانين تتميز بكونها تضع حداً لظاهرة النزاع، كل ما في الأمر أن الأول تفض النزاع بين محاكم الدول المختلفة، و الثانية تفض النزاع بين القوانين. و مع ذلك تختلف قواعد كل منهما من النواحي الآتية:

(أ) إن قواعد تنازع القوانين هي قواعد إسناد - غالباً - و ليست قواعد موضوعية، بمعنى أنها لا تحسم النزاع المطروح أمام القاضي مباشرة و إنما تشير فقط إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع، أما قواعد تنازع الاختصاص ، فهي قواعد موضوعية غالباً و ليست قواعد إسناد، بمعنى أنها تحدد بطريقة مباشرة المحكمة المختصة بنظر المنازعة على عنصر أجنبي دون الإقتصار على بيان القانون الذي يمكن الرجوع إليه لتحديد هذه المحكمة.

(ب) قواعد تنازع القوانين قواعد مزدوجة الجانب غالباً، بمعنى أنها لا تقتصر على بيان الحالات التي يطبق فيها القانون الوطني، و إنما أيضاً الأحوال التي ينطبق فيها القانون الأجنبي.

أما قواعد تنازع الاختصاص فهي قواعد مفردة الجانب غالباً بمعنى أنها ترسم حدود اختصاص المحاكم الوطنية، و لكنها لا تبين حدود اختصاص المحاكم الأجنبية، بل تكفي بأن تقر هذه الأخيرة ما رسمه لها مشرعها من اختصاص أو لا تقرها عليه.

خامساً : التأثير المتبادل لكل من الاختصاص القضائي و التشريعي على الآخر :

فالأصل العام هو استقلال مشكلة الاختصاص القضائي عن مشكلة الاختصاص التشريعي، بمعنى أنه ليس هناك بالضرورة تلازماً بينهما، فقد يعقد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية للفصل في نزاع وفقاً لقواعد الاختصاص المقررة في قانونها، و مع ذلك تقضي قواعد الإسناد بتطبيق قانون آخر غير قانون المحكمة المرفوع إليها النزاع، و مرجع ذلك أن الإعتبارات التي تراعي عند تعيين المحكمة المختصة ليست بالضرورة هي عينها التي تراعي عند تعيين القانون الواجب التطبيق.

فقد تقضي قواعد الاختصاص بالعقد ولاية المحاكم الوطنية بالنظر في نزاع معين لما في ذلك من مراعاة لمصلحة المتقاضين مثلاً، بينما تشير قواعد الإسناد بتطبيق قانون أجنبي على موضوع النزاع باعتباره أنسب القوانين لحكم هذا النزاع، و الواقع أن عدم التلازم بين كل من الاختصاصين يعتبر شرطاً أساسياً لقيام ظاهرة التنازع، و لكن ليس هناك ما يمنع من

أن يؤثر أحدهما على الآخر، فقد يؤثر الاختصاص القضائي على الاختصاص التشريعي أو العكس.

(1) الاختصاص القضائي يجلب الاختصاص التشريعي:

يصح أن يجلب الاختصاص القضائي الاختصاص التشريعي، بمعنى أن ثبوت الاختصاص القضائي يحاكم دولة معينة قد يكون من شأنه - خلافاً للأصل العام في عدم التلازم بين هذين الاختصاصين - عقد الاختصاص التشريعي لقانون هذه الدولة، كما في الأمثلة التالية:

(أ) الجلب الطلي:

و يتحقق في حالات إتحاد الاعترافات التي بني عليها كلا الاختصاصين، كما هو الحال في اختصاص محكمة و قانون موقع العقار أو إتحاد ضابط الجنسية في الميراث، أو إستحالة التعرف على القانون الأجنبي، أو عن طريق الصدفة كما لو أبرم العقد في دولة هي موطن المتعاقدين، فيعقد الاختصاص القضائي بناء على ضابط محل الإبرام، و يبنى الاختصاص التشريعي بناء على ضابط الموطن.

(ب) الجلب الجزئي: ففي مجال الإسناد نجد أنه نظراً لاختلاف قواعد الإسناد من دولة لأخرى، فإن ذلك يعكس مدى أثر تعيين المحكمة المختصة على القانون المطبق على النزاع، فقد يقضي قانون محكمة ما بإسناد مسائل الأحوال الشخصية إلى قانون الجنسية، بينما يقضي قانون محكمة أخرى بإسنادها إلى قانون الموطن كما في بريطانيا.

و في مجال التكليف و حيث أن الواجب في شأنه خضوعه لقانون القاضي، فإن تكليف العلاقة محل النزاع على وجه معين و إعطائها الوصف القانوني السليم هو أمر يختلف من نظام قانون إلى آخر، و من ثم يؤثر عقد الاختصاص لمحكمة ما في النهاية على القانون الواجب التطبيق، فقد يقضي قانون محكمة باعتبارها مسألة من مسائل الأحوال الشخصية و بالتالي تخضع للقانون الشخصي، بينما يقضي قانون محكمة أخرى بكونها من مسائل الأحوال

المعينة، فتخضع بالتالي لقانونو موقع المال أو أن المسألة أهلية في دولة في حين تعد أثر من آثار الزواج في أخرى.

و بالنسبة للإحالة، فقد يقبل قانون الدولة التي رفع النزاع أمام محاكمها الإحالة المقررة في قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق، بينما يقضي قانون محكمة أخرى برفضها، الأمر الذي يؤدي بالضرورة إلى اختلاف القانون الواجب التطبيق على النزاع وفقاً لما إذا كان قد رفع النزاع أمام محاكم هذه الدولة أو تلك.

أما بالنسبة للنظام العام فمن المعلوم أنه ليس من السهل تحديد مقتضيات النظام العام غالباً لأنها متغيرة زماناً و مكاناً فيما تعتبر في النظام العام في دولة لا يعتبر كذلك في دولة أخرى، بل حتى أنه في نطاق الدولة الواحدة، فإن ما يعد من النظام العام في زمن معين قد لا يعد كذلك في زمن آخر. و لذلك من المتصور أن يؤثر انعقاد الاختصاص لمحاكم دولة معينة على القانون الواجب التطبيق، فقد يستبعد القانون الأجنبي الواجب التطبيق أمام محاكم دولة معينة لمخالفته للنظام العام فيها، بينما تقبل محاكم دولة أخرى تطبيق هذا القانون لعدم تعارضه مع النظام العام فيها:

(2) الاختصاص التشريعي يجلب الاختصاص القضائي،

قد يؤثر الاختصاص التشريعي على الاختصاص القضائي، بمعنى أن ثبوت الاختصاص التشريعي لقانون دولة معينة قد يكون من شأنه عقد الاختصاص القضائي لمحاكم هذه الدولة من ذلك الإجراءات الوقائية و التحفظية حيث ينطبق عليها القانون الوطني وحده جالباً وراءه الاختصاص للمحاكم الوطنية و كذا قواعد البوليس أو النظام العام الأمر المطلق كطلب تصحيح بيانات في شهادة الميلاد أو الوفاة أو الزواج أو في البطاقة العائلية أو الشخصية فهي تخضع لقانون الدولة التي صدرت عنها هذه الشهادات و الإقرارات باعتبارها تنازعات تتعلق بمرفق عام و تأخذ طابع البوليس و تجلب الاختصاص القضائي.

و مهما كان من أمر هذا التأثير المتبادل لكل من الاختصاصين على الآخر، فإن هذا لا ينبغي أن يقلل من أهمية القاعدة الأساسية و هي ضرورة الفصل بينهما، و لكن يلاحظ أنه إذا كان تأثير الاختصاص القضائي على الاختصاص التشريعي يبدو منطقياً و مقبولاً استناداً إلى أن الأول يسبق الثاني من حيث الترتيب الزمني و التطبيق العملي - فتحديد الاختصاص القضائي يسبق تحديد القانون الواجب التطبيق - إلا أن تأثير الاختصاص التشريعي على الاختصاص القضائي يبدو مخالفاً لمنطق هذا الترتيب الزمني، مما يدعو إلى التساؤل عن حقيقة هذا السبق الزمني لأحد هذين الاختصاصين على الآخر.

ساحداً ، الترتيب الزمني لكل من الاختصاصين القضائي و التشريعي:

مما لا شك فيه أن تحديد الاختصاص القضائي الدولي لحاكم دولة معينة بنظر المنازعة المشتمة على عنصر أجنبي يسبق من حيث الترتيب الزمني تعيين القانون الواجب التطبيق على المنازعة، فالأصل أن يتصدى القاضي المطروح أمامه النزاع المشتمة على عنصر أجنبي للفصل في مسألة اختصاصه أولاً، فإذا تبين أنه مختص تنظره عين القانون الواجب التطبيق عليه طبقاً لقاعدة الإسناد المقررة في قانونه، أو القاعدة الموضوعية المعدة خصيصاً لعلاقة دولية .

أما إذا تبين عدم اختصاصه انفتحت قيمة البحث في تعيين القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع. ولذلك يقال أن تعيين المحكمة المختصة يسبق تطبيق القانون المختص من حيث التعاقب الزمني.

و على ضوء هذا التحديد لماهية الاختصاص القضائي الدولي نعرض لدراسة الضوابط المختلفة لتحديد مجال ولاية القضاء اليمني بالفصل في المنازعات ذات الطابع الدولي، و لكن يحسن بنا لفهم هذه القواعد أن نعرض أولاً للضوابط العامة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي السائدة في معظم دول العالم لنعرف مدى إستجابة المشرع اليمني لها في صياغته لقواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم اليمنية.

كما أن المدعي قد يسعى إلى محاكم دولة أجنبية ابتداءً ويستصدر حكماً مقررًا لحقه، ثم يريد الاحتجاج بهذا الحكم وتنفيذه في اليمن، فهنا يثور السؤال عن مدى إمكان تنفيذ الحكم الأجنبي ومدى الحجية التي يتمتع بها أمام المحاكم الوطنية، وهذه المشكلة تعرف بمشكلة آثار الأحكام الأجنبية، وتتكفل قواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي بتحديد الآثار التي يمكن أن تترتب على الحكم الأجنبي والشروط اللازمة لتنفيذه.

المبحث الثاني

الضوابط العامة في القانون المقارن لتحديد الاختصاص القضائي الدولي

الناظر من استقراء تشريعات الدول المختلفة أن هناك ضوابط عامة مسلم بها للاختصاص القضائي الدولي تلجأ إليها الدول عادة عند قيامها بتحديد قواعد الاختصاص لحاكمها الوطني، وبالرغم من وطنية هذه القواعد لانفراد مشروع كل دولة بوضع القواعد التي يراها أكثر اتفاقاً مع أهدافه السياسية و التشريعية و الاجتماعية، مما قد يؤدي بالضرورة إلى اختلافها و تنوعها في القوانين الوضعية المختلفة، فإن هناك معايير عامة لهذا الاختصاص تأخذ بها الدول المختلفة، نظراً لأن جميعها تسعى إلى كفالة استقرار المعاملات الدولية و ازدهارها.

و من هنا كانت أهمية الإشارة إلى هذه الضوابط العامة للاختصاص القضائي الدولي، فهي تعتبر بمثابة الأصول العامة التي يسترشد بها مشرع الدول، كما أنها فضلاً عن ذلك قد ألهمت المشرع اليمني عندما أقام تنظيمًا متكاملًا للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم اليمنية، فجاءت معظم القواعد التي وضعها في هذا المجال استجابة لهذه الضوابط العامة.

و عليه يمكن النظر إلى هذه الضوابط على أساس ما يستقي منها من فكرة التوزيع الدولي للأشخاص، وما يستمد من فكرة الإقليمية، و أخيراً الضوابط المستمدة من إرادة الخصوم، نتناولها تباعاً على نحو ما يأتي:

المطلب الأول

الضوابط المستمدة من فكرة التوزيع الدولي للأشخاص

و تتمثل هذه الضوابط بين مختلف أعضاء الجماعة الدولية في ضابطين أساسيين: هما الجنسية و الموطن، تتناولهما في مطلبين:

أولاً: ضابط جنسية الخصم الوطنية:

من الجائز أن يتحدد الاختصاص الدولي لحاكم الدولة اعتماداً بأن أحد الخصوم في المنازعة يتمتع بجنسية هذه الدولة، و يقوم ضابط الاختصاص حينئذ على اعتبار سياسي يتمثل في انتماء هذا الخصم بجنسيته إلى الدولة، و بما أن ولاية القضاء هي مظهر لسيادة الدولة تمارسها على سائر الأشخاص المتمتعين بجنسيتها، فمن الطبيعي أن تختص محاكمها بالمنازعة الدولية إذا كان من بين أطرافها من هو وطني تحقيقاً للعدالة تجاه مواطنيها، و هذا الإعتبار يرتبط في الحقيقة بجدور تاريخية كان ينظر في ظلها إلى حق إقامة القضاء في الدولة بوصفه امتيازاً ينصرف أصلاً للوطنيين، و قد غالت بعض التشريعات المقارنة في هذا المعنى بأعملت ضابط الجنسية كمعيار عام للاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية، سواء كان الوطني الخصم في المنازعة مدعياً أم مدعى عليه، من ذلك التشريع الفرنسي.

و قد لاقى هذه المغالاة انتقاداً كبيراً في الفقه، و اعتبر هذا الإمتياز للجنسية من المخلفات القديمة التي لا تتفق مع النظرة الحديثة للاختصاص الدولي، غير أن مثل هذا النقد يختلف قوته في الواقع بحسب ما إذا كان ضابط الجنسية ينصرف إلى المدعى أو المدعى عليه.

(1) و طنية المصطفي:

فالقول بشيوت الاختصاص لحاكم الدولة تجرد أن المدعى ينتمي إليها بجنسيته يلقي استهجاناً من الفقه الغالب، لقيام هذا الإمتياز على أساس مفهوم سياسي و تاريخي اعتبر فيها

اللجوء إلى القضاء امتيازاً تقصره الدولة على الوطنيين وحدهم، و لكنه يتعارض مع المفهوم الحديث للاختصاص القضائي المستند إلى فكرة تحقيق العدالة وفض المنازعات و توفير الأمن و السكينة في الدولة، بصرف النظر عن جنسية المتقاضين و طينين كان أم أجانب.

هذا فضلاً عن أن تخويل المدعي الوطني هذا الامتياز يخل بالحماية الواجبة للمدعي عليه، إذ يستطيع هذا المدعي حينئذ أن يفرض قضاء دولته على أي شخص و لو بعدت بهذا الأخير الشقة أو لم يقيم لديه أي ارتباط بتلك الدولة، و في ذلك تحميل المدعي عليه مشقة لا محل لها مع أن الأصل من المدعى عليه براءة الذمة، و أن على المدعي أن يسعى إلى محكمة المدعي عليه لا العكس، و قد أكد الفقه مساوى الإعتماد على هذا الضابط و الخطر الذي قد يؤدي إليه من إقامة الدعاوي الكيدية القائمة على مجرد الرغبة في التهديد أو الإبتزاز و هو ما كشف عنه العمل فعلاً.

و القلة القليلة من الفقهاء هم الذين لا يزالون يدافعون عن هذا الضابط بحجة أو هن من بيت العنكبوت، و شي القول بأن المحاكم الفرنسية هي الأكثر قدرة على توفير العدالة و الحقوق للمواطنين الفرنسيين، و لا شك أن مثل هذه الفكرة تتنافى مع المفاهيم الحديثة في الجماعة الدولية.

(2) وطنية المدعى عليه:

و هذا الضابط أقل انتقاداً من سابقه، إلا أن الأمر هنا يتعلق بالمدعي عليه، و الأصل فيه براءة الذمة، كما أن الأولى أن يسعى إليه المدعي، أي أن يقيم هذا الأخير دعواه أمام محاكم دولة المدعى عليه، غير أن هذا التبرير يؤدي إلى مساوى عملية كثيرة إذا توافر رابطة مادية حقيقية بتلك الدولة من موطن أو محل إقامة فيها أو أموال موجودة بها، مما يفقد كل قيمة عملية للحكم الذي قد يصدر ضده، حيث لن يتأتى كفالة آثار هذا الحكم في الدولة.

و مهما يكن من أمر هذا النقد فإن معظم التشريعات قد أقرت صراحة هذا الضابط رغم استهجان الفقه الغالب لضابط الجنسية عموماً، أي متى قبل بثبوت الاختصاص لحاكم الدولة مجرد كون المدعى عليه وطنياً.

ثانياً، ضابط موطن أو محل إقامة الخصوم من مدعى أو مدعى عليه:

و يستند ضابط الموطن خصوصاً في الدول التي تعتبره بديلاً عن الجنسية في هذا الصدد إلى قيام رابطة مكانية أو إقليمية بين هذا الخصم وإقليم الدولة بما ييسر اختصاص محاكمها بنظر المنازعة التي يكون هو طرف فيها، باعتبار أن ممارسة سلطة القضاء في الدولة كمظهر من مظاهر السيادة تقوم على أساس الإقليمية.

و مفهوم الإقليمية هنا يختلف في مجال الاختصاص القضائي الدولي، فهي تستند إلى قيام تلك الرابطة المكانية بين الشخص و الدولة التي يكشف عنها توطنه في الدولة، و من ثم ارتباط نشاطه و مصالحه بها، مما يجعل من المناسب أن تخصص محاكمها بالمنازعات الدولية التي يكون هو طرفاً فيها. و لعل بعض الفقه قد عبر عن الموطن بأنه صلة وسيطة أو غير مباشرة بالدولة، و يبدو الموطن و كأنه جنسية ثانوية أو نائبة للجنسية.

كما أن فكرة الموطن هي أقرب اتصالاً بطبيعة الدعوى أو المنازعة القضائية، و موطن الخصم هو المكان الذي يتجمع فيه عادة نشاطه و تتبلور فيه مصالحه، لذلك تبدو محكمة الموطن ملائمة لفض النزاع المتار في المصالح.

و لا شك أن الإستعانة بضابط الموطن في هذا المقام تعترضها صعوبة أولية، هي عدم التحديد الذي يشوب فكرة الموطن ذاتها تبعاً للتصورات المختلفة التي تأخذ بها التشريعات، يساندها في ذلك الإتجاه الفقهي الرامي إلى إبراز فكرة الموطن في القانون الدولي في صورة متميزة عن الصورة المقول بها لهذه الفكرة في القانون الداخلي، فمن الزاوية القانونية عادة ما يثبت الموطن في القانون الداخلي بصورة محددة و بدقة تكاد أن تتساوى مع العنوان البريدي

للشخص، أما الموطن في التنظيم الدولي إنما يعبر عن ارتباط الشخص بدولة ما على وجه إخضاع هذا الشخص لنظام قانوني معين، أما من الناحية الواقعية، فالموطن في المجال الدولي يواجه مراكز إنسانية تختلف عن تلك التي يعرفها القانون الداخلي، كمركز الفارين و الشاردين أو المهاجرين من الدولة أو إليها و عديمي الجنسية.

كما أن المصالح المرتبطة بالموطن في مجال الاختصاص الدولي قد تبدو أكثر خطراً، فالقول في النطاق الداخلي مثلاً بأن محاكم صنعاء غير مختصة، لأن موطن المدعى عليه قائم في الحديدة قد يسبب ضيقاً أقل مما لو قيل في صدد الاختصاص الدولي بأن محكمة صنعاء لا تختص لأن موطن هذا المدعى يقع في موسكو، أو لندن.

و قبل أن نبين هذا الضابط منظور إليه من جانب المدعى عليه - الذي صار بمثابة قاعدة في التشريعات المقارنة - نشير إلى أثره في الاختصاص الدولي إذا ما تعلق بالمدعى.

(1) موطن المدعي:

إن المطالع للتشريعات المقارنة يجد أنها تطرح بحسب الأصل هذا الضابط، و لا غرابة فكل ضابط ينصرف في نطاق الاختصاص القضائي إلى المدعي وحده لا يلقي قبولاً عادة، و قد رأينا مثلاً لذلك في مجال ضابط الجنسية و يرجع ذلك إلى أن الأصل أن يسعى المدعي إلى محكمة المدعى عليه و ليس العكس.

كما أن الأصل في الشخص براءة الذمة، و الأخذ بغير ذلك من شأنه أن يجعل المدعى عليه تحت سيطرة المدعي، و قد تكون دعوى هذا الأخير باطلة أو عابثة أو كيدية فيتحمل المدعى عليه المشقة في النهاية من جراء متولاه أمام المحكمة التي يتبعها المدعي بموطنه.

و قد قيل بهذه الحجج أساساً في نطاق القانون الداخلي لرفض عقد الاختصاص الداخلي لمحكمة موطن المدعي، و هي في مجال الاختصاص الدولي قد تبدو أكثر عمقاً أو خطورة، حيث كثيراً ما يغلب بعد الشقة أو المسافات و يصعب الترحال و تتعقد الإجراءات أو تزيد النفقات

و في بلد و لغة هو غريب عنهما، و بالتالي يكون الإستناد إلى تلك الحجج في هذا المجال الأخير جائزاً من باب أولى.

كما أن القول باختصاص محاكم الدولة بجرء أن للمدعي موطناً فيها بالرغم من انقضاء موطن للمدعي عليه في هذه الدولة، و عدم وجود أموال له في تلك الدولة لن يكون من صالح المدعي في تلك الظروف، لأن الحكم الصادر لن تكون له فاعلية تذكر سواء في نطاق الدولة التي صدر فيها أو في نطاق الدولة التي يوجد بها موطن المدعي عليه أو أمواله، إذ ترفض في العادة هذه الدولة الأخيرة تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر في ظل تلك الأوضاع، لأن محاكمها كانت هي الأولى بالاختصاص. و الأصل في القضاء تجنب التعارض، كما أن الأصل في الأحكام أن تعطي ثمارها لصاحب الحق فيها و بالتالي طرح الاختصاص القائم على أساس موطن المدعي.

(2) موطن المدعى عليه:

و على عكس الإعتبارات التي تبعث على رفض معيار موطن المدعى في ثبوت الاختصاص الدولي، فإن هذه الاعتبارات تؤيد أو تبرر عقد الاختصاص المنازعة الدولية محاكم الدولة التي يوجد فيها موطن المدعى عليه.

على أن البعض يضيف إلى هذه الإعتبارات حجة أن سيادة الدولة تقضي بخضوع المدعى عليهم المتوطنين بإقليمها لولاية محاكمها، بغض النظر عن جنسيتهم وطينين كانوا أو أجانب، و نحن لا نرى من داع لإقحام فكرة السيادة في هذا المجال، بل من الأحرى تقليل استعمالها كل ما أمكن، و لو صح استعمالها هنا لكان من الواجب أيضاً قبول ضابط موطن المدعى كأصل عام في الاختصاص باعتبار أن هذا المدعى يخضع لسيادة الدولة المتوطن فيها و هو ما لم يقل به أحد.

و لا شك أن محكمة موطن المدعى عليه إذن تبدو هي الأكثر ملاءمة لفض المنازعة الدولية استناداً إلى سائر الأفكار المتعلقة ببراءة الذمة و تجنب المشقة و فاعلية الحكم الصادر في هذه المنازعة.

كل هذه الإعتبارات تبرر الأخذ بضابط موطن المدعى عليه كأصل عام في تحديد المعايير المعتمدة في هذا الخصوص.

و من الجدير بالملاحظة في هذا المقام أن كثيراً من التشريعات تنسجه إلى الإستعانة كقربين يقوم إلى جانب ضابط موطن المدعى عليه و يتحاذى معه بمعيار محل إقامة المدعى عليه، و بعبارة معادلة فإنها تسوي في المعاملة بين موطن المدعى عليه و محل إقامته بحيث يعتبر توافر أحدهما وحده في نطاق الدولة كافياً لعقد الاختصاص الدولي لمحاكمها و منها اليميني، و لا يخفى أن هناك فارقاً في المعنى القانوني بين هذين المعيارين، فمن المعروف أن الموطن يقوم في التصوير

الغالب على عنصرين: أحدهما مادي و هو الإقامة الفعلية أي الوجود المادي أو الجسدي للشخص، و الآخر معنوي و هو نية البقاء أو الإستمرار.

أما مجرد الإقامة أو محل الإقامة فهي تنصرف أساساً إلى هذا الوجود المادي للشخص في مكان ما دون نظر إلى نية البقاء أو الإستمرار فيه.

و الواقع أن التسوية بين الموطن و محل الإقامة في شأن ضوابط الاختصاص الدولي يساير اتجاهاً حديثاً في القانون الدولي الخاص يجعل من الإقامة كقرين أو بديل للموطن في كثير من المواطن، تفادياً للخلافات التي تثيرها التصورات المعارضة لفكرة الموطن في الأنظمة المقارنة، مما يؤدي في النهاية إلى تقليل شدة الخلاف بين هذه الأنظمة.

المطلب الثاني

الضوابط المستمدة من فكرة الإقليمية

يسود في فقه القانون الدولي الخاص المبدأ العام في الاختصاص الدولي للمحاكم و هو أن الأصل في ولاية القضاء في الدولة هو الإقليمية، و أن رسم حدود هذه الولاية يقوم على أسس إقليمية تربط ما بين المنازعة و ولاية القضاء، مستمدة من موطن المدعى عليه أو محل إقامته أو موقع المال أو محل مصدر الإلتزام أو محل تنفيذه.

فالقول بأن هناك رابطة إقليمية بين منازعة دولية ما و دولة معينة، يعني في الحقيقة أن محاكم هذه الدولة تستطيع السيطرة قضائياً على هذه المنازعة بما يتواءم عادة مع فكرة القوة المادية من ناحية، و فكرة الفاعلية التي ستكفل للحكم الذي سيصدر في هذه المنازعة من ناحية أخرى، و كل ذلك يبرر أن محاكم تلك الدولة نظراً لقيام تلك الرابطة الإقليمية تعتبر ملائمة أو أكثر ملاءمة بنظر المنازعة، و يمكن إبراز أهم هذه الضوابط فيما يلي:

أولاً: ضابط موطن أو محل إقامة الخصم في المنازعة من مدعى أو مدعى عليه:

يستند هذا الضابط كما تقدم إلى التوزيع الدولي أو الجغرافي للأشخاص، مما يبرر دون شك قيام رابطة إقليمية مع الدولة، و لذلك فلا غرو أن يكون هذا الضابط من أقوى معايير تحديد الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية بما اجتمع فيه في آن واحد من مفهوم للتوزيع الدولي و للإرتباط الإقليمي بالدولة مع مراعاة التحفظات السالف ذكرها فيما لو تعلق الأمر بالمدعى لخطورة الأخذ به و نتائجها. و يمكن الأخذ به إذا لم يكن للمدعى عليه موطن أو محل إقامة و قد يعتمد عليه في بعض مسائل الأحوال الشخصية دون تحكم أو غش.

ثانياً: ضابط موقع المال:

لا شك أن المال محل النزاع الكائن أو الموجود في إقليم الدولة من شأنه توفير تلك الرابطة الإقليمية، و لذا كان من المقرر ثبوت الاختصاص للمحاكم الوطنية بالنسبة للمنازعات المتعلقة بأموال موجودة في الدولة سواء أكانت من الأموال العقارية أو المنقولة، للملائمة تقرير الاختصاص الدولي لها.

ثالثاً: ضابط مصدر الإلزام أو مكان تنفيذها:

الواقع أن الارتباط الإقليمي بالدولة يتحقق متى كان مصدر الإلزام قد نشأ فيها، أو كان تنفيذ هذا الإلزام واجباً في إقليم هذه الدولة، كما لو أبرم العقد في الدولة أو كان واجب التنفيذ فيها، أو كان التصرف أو العمل غير المشروع قد وقع فيها، أو تسرب آثاره فيها أيضاً. ففي كل هذه الأحوال يبرز الارتباط الإقليمي تقرير الاختصاص بالمنازعة لمحاكم الدولة، و بالتالي فاعلية الأحكام الصادرة عنها.

رابعاً: ضابط النظام العام:

يذهب بعض الفقه إلى القول بأن النظام العام في الدولة يمثل ضابطاً عاماً لاختصاص محاكمها الوطنية بالمنازعات الدولية، وهو ضابط ينطوي على مفهوم إقليمي، نظراً لأن لكل دولة نظامها العام الذي ينسحب على إقليمها.

ففي كل حالة يتعلق موضوع المنازعة بالنظام العام في الدولة، يمتنع أو يستبعد تطبيق القانون الأجنبي أو تكون محاكم الدولة مختصة حتى تكفل احترام نظامه العام الذي لا تكفله المحاكم الأجنبية، و لذلك يقال في هذه الحالة بأن الاختصاص التشريعي يجلب الاختصاص القضائي. ومن ذلك حالات حفظ أمن الدولة و سكينتها أو التي تمس مرفقاً عاماً من مرافق الدولة، كتصحيح بيانات أو إقرارات الحالة المدنية أو حماية براءات الاختراع و بصفة عامة

حقوق الملكية الأدبية و الصناعية الناشئة في الدولة، أو التنفيذ الجبري للأحكام الوطنية، و من ذلك أيضاً الحالات المتعلقة بالإجراءات الوقئية أو التحفظية أو العاجلة لحماية الأشخاص أو الأموال، كما هو في مسائل التطليق أو الانفصال أو التفقه الوقئية و الحصانة أو الحجز التحفظي و وضع الأختام على أموال موجودة في الدولة.

كذلك الاختصاص المتعلق بالأحكام أو الأوامر الولائية، كما هو الحال في حماية ناقصي الأهلية أو الوصايا و الحجر أو أفراد البنوة و الإعراف بالنسب، و الأعمال الولائية في مجال الموارث كتعيين منفذ للتركة أو مدير مؤقت لها... و نحو ذلك و هذا الاختصاص ثابت و لو لم تكن مختصة أصلاً بالنزاع في أصل الحق.

و أخيراً يمكن أن يندرج في هذا الشأن ضابط اختصاص يقوم على حماية العدالة و عدم إنكارها من الدولة، أو ما يطلق عليه البعض الاختصاص الاضطراري، و ذلك في كل حالة يكون من الثابت فيها إسحالة اللجوء إلى قضاء دولة أخرى لفض المنازعات، فيثبت الاختصاص لحاكم الدولة بسبب هذه الإسحالة و تفادياً لترك الخصوم دون قاض يفض منازعاتهم، و هو الأمر الذي يس الشعور بالعدالة و يجل بالأمن و السكينة في الدولة.

المطلب الثالث

الضوابط المستمدة من إرادة الخصوم في المنازعة

من الراسخ في الفكر القانوني في القانون الدولي الخاص أن يفسح عادة دوراً لإرادة الأشخاص في ترتيب أحكامه و بالذات في مجال تنازع القوانين، وقد تار التساؤل عن مدى إمكانية الأخذ بإرادة الخصوم في مجال تحديد الاختصاص القضائي الدولي، فاعترض بعض الفقه على سلطان الإرادة في تعيين الحكمة المختصة بنظر النزاع ذي الطابع الدولي، ذلك أن التسليم بإرادة الخصوم في هذا الصدد من شأنه أن يؤدي في النهاية إلى تعديل قواعد الاختصاص التشريعي التي تقرر في كل دولة على حدة و على وجه التمييز و الإستقلال،

فلو أن زوجين أسبانيين يقيمين في مصر و رفعت الزوجة دعوى طلاق أمام المحاكم الإنجليزية و قبل الزوج اختصاص هذه المحاكم، فإنها ستقضي بالتطبيق وفقاً للقانون المصري و هو قانون الوطن، بينما لو رفعت الدعوى أمام المحاكم المصرية، فإنها ستطبق القانون الأسباني و هو قانون الزوج الذي يمنع الطلاق، فنظراً للاختلاف القائم بين الدول في مجال قواعد تنازع القوانين يؤدي بالسماح للخصوم باختيار محاكم الدولة التي تنظر منازعاتهم إلى ترك الأمر كلية لمشيئتهم سواء في تحديد الاختصاص القضائي أو في تعيين القانون الواجب التطبيق على منازعاتهم.

مما يؤدي إلى عدم استقرار العلاقات القانونية، و من ناحية أخرى فإن ممارسة القضاء في الدولة هو أحد مظاهر سيادتها، و من ثم يكون من غير المستساخ أن تترك للخصوم حرية تعديل الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم هذه الدولة، و تأثراً بهذه الاعتراضات ترفض بعض التشريعات المقارنة كلية فكرة القبول أو الخضوع الاختياري لمحاكم الدولة.

غير أن الرأي الغالب يسلم بالسماح لإرادة الخصوم بتحديد الاختصاص الدولي، قولاً بأن التأثير على الاختصاص التشريعي يمكن النظر إليه باعتباره مسألة لاحقة، بحيث يصبح وضع القيود على سلطان الإرادة بما في شأنه أن يمنع الغش نحو القانون، و من ناحية أخرى فإتسام القضاء بطابع المرفق العام لا يقف عقبة في إمكانية التأثير في الاختصاص الدولي بواسطة الإرادة، فهذا الطابع يعني أيضاً أن القضاء هو في خدمة المتقاضين فلا مانع من احترام إرادتهم.

و أخيراً فقد لوحظ أن الاعتداد بإرادة الخصوم في هذا الصدد تبرره حالة التخلف التي تنعت بها قواعد الاختصاص القضائي الدولي في وضعها الراهن، حيث لم تتبلور نظرية عامة في شأن هذا الاختصاص، مما يقتضي الاستعانة بإرادة الخصوم في سد بعض أوجه النقص القائم في هذا المجال.

و عليه، فالذي يجب ملاحظته في ظل هذا الرأي الغالب أن الخضوع الاختياري له في واقع الأمر وجهان لدى الفقه.

فهو إما أن يؤدي إلى تقرير الاختصاص لمحاكم الدولة في حالات لم يكن فيها هذا الاختصاص ثابتاً لها أصلاً، و هو بذلك يضيف إلى اختصاص الدولة و يزيد منه حتى يقبل الخصوم في المنازعة الخضوع لقضاء الدولة، و إما أن يكون هذا الخضوع على حساب اختصاص محاكم الدولة بأن يسلب منها اختصاصاً كان ثابتاً لها أصلاً، و يكون ذلك حين يتفق الخصوم على الخضوع لقضاء دولة أخرى رغماً من ثبوت الاختصاص لمحاكم الدولة الأولى.

و الغالب في التشريعات المقارنة هو استحسان الخضوع الاختياري حين يؤدي إلى جلب اختصاص جديد للمحاكم الوطنية، و بالعكس إلى استهجاته أو تقييده إذا كان يؤدي إلى سلب اختصاص ثابت لهذه المحاكم.

غير أن بعض الفقه يعتقد أن مثل هذا التبرير قد ينطوي على كثير من التجاوز و لا يحقق إقناعاً كافياً.

فمنطق التمسك بأن الاختصاص القضائي الدولي من النظام العام يستلزم في الحقيقة رفض كل دور للإرادة الفردية في مجال تقرير هذه الاختصاص جلباً له أو سلباً إياه، و لذلك كان الفقه الراضى لتلك الإرادة الفردية في كل من الوجهين السلبي و الإيجابي منطقياً مع نفسه. و إذا كان رأي هذا الفقه لم تكتب له الغلبة و سداد الرأي القائل بالاعتداد بالخضوع الإختياري في وجهه الجالب، و رفضه في وجهه السالب، فإن السبب في ذلك وجود النزعة الوطنية في كل دولة إزاء سائر موضوعات القانون الدولي الخاص، نتيجة عجز الجماعة الدولية في وضعها الرهن عن وضع أسس شاملة لأحكام هذا القانون، تلتزم بها مختلف الدول، و تتبلور هذه النزعة الوطنية في مجال تنازع القوانين مثلاً في اتجاه كثير من الأنظمة القانونية إلى وضع مختلف العراقيل أمام تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق، و لو كان ذلك بوسائل ملتوية،

عن طريق مفاهيم التكيف، و الإحالة أو النظام العام .. حتى يسود الأمر للقانون الوطني و لا يفتح الطريق أمام القانون الأجنبي إلا في حدود ضيقة إستثنائية.

كذلك تتبلور تلك النزعة الوطنية في مجال الاختصاص القضائي بما تلجأ إليه هذه الأنظمة القانونية في محاولة التوسع في تقرير حالات ثبوت هذا الاختصاص لمحاكمها الوطنية، و التقليل من حالات نفي ذلك الاختصاص أو التضييق منها كل ما أمكن، و بالتالي فلا غرابة إذن أن ترحب بإرادة الخصوم إذا كانت تجلب أو تزيد من هذا الاختصاص و تعارضها أو ترفضها إذا كانت تسلب منه أو تنقصه، و التماذي في تلك النزعة الوطنية يتجافى مع حاجات المعاملات الدولية مما حدى بأنصار الرأي الغالب إلى تدعيم حججهم الضعيفة بوضع تحفظات على الخضوع أو القبول الاختياري في كل من وجهه السلبي و الإيجابي.

و من ذلك اقتراحهم رفض قبول الاختصاص المبني على إرادة الخصوم في الحالات التي تنقطع فيها الصلة بين الخصوم و الدولة، أو يبدو فيها أن الحكم الذي سيصدر لن تكون له آثاراً دولية ذات بال.

كما يرون عدم إمكان الاعتماد بإرادة الخصوم في سلب الاختصاص الثابت أصلاً لمحاكم الدولة الثابت بمقتضى معايير واهية أو ضعيفة، كمييار جنسية الخصوم -- مثلاً -- و ينتهون إلى أن هذا الخضوع الإختياري إيجاباً أو سلباً مسألة تقديرية في نهاية المطاف، يضمها ذلك المفهوم الشامل لفكرة الملاءمة كأساس في توزيع الاختصاص القضائي الدولي.

و نخلص إلا أنه يمكن أن يخضع النزاع للقضاء الوطني إذا كان هناك إرتباط فعلي بين النزاع و ولاية هذه المحاكم، فإذا لم يوجد هذا الإرتباط فيجب على المحكمة أن تقضي بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها رغم خضوع الخصوم الإختياري لولايتها لأنه ليس من مصلحة لمن صدر الحكم لصالحه. لأنه سيصدر من دولة غير مختصة دولياً و لن يلقي قبولاً للتنفيذ في الدولة الأكثر صلة بالنزاع. مع ملاحظة السماح لإرادة الأفراد في مجال التجارة الدولية مع قيد الغش نحو الاختصاصين القضائي و التشريعي و النظام العام الأمر المطلق.

الفصل الأول

اختصاص المحاكم اليمنية بالمنازعات

ذات الطابع الدولي

من خلال استعراضنا للأسس العريضة التي استعان بها المقتن اليمني في تحديد الاختصاص القضائي الدولي نجد أنها لا تخرج عن الضوابط أو المعايير العامة السالف بيانها.

وتحديد مجال ولاية القضاء اليمني إنما يتم بتحديد معايير أو ضوابط ثبوت وانتفاء هذه الولاية المقررة في أحكام قانون المرافعات اليمني .

وقبل أن نتناول شرح هذه الأحكام يحسن بنا أن نشير إلى أن كافة معايير أو ضوابط الثبوت والانتفاء لولاية القضاء اليمني المتعلقة بعنصر الأشخاص إنما تتعلق بحسب الأصل بعنصر المدعى عليه. ذلك أن ولاية القضاء تعني سلطته في إلزام المتقاضين بقوله .

مما يعني خضوعهم أو عدم خضوعهم لسلطانه في ثبوت ولايته أو انتفاؤها عنهم . ولما كان المدعى يرفع دعواه أمام قضاء دولة ما يعبر عن إرادته الخضوع لحكمه ، كان المدعى عليه هو طرف الدعوى الذي يجرى التساؤل في شأنه عما إذا كان يخضع لسلطان قضاء الدولة المقامة أمامه فتثبت له ولاية نظرها أو لا تخضع له فتنتفي عنه هذه الولاية . وبعد إبداء هذه الملحوظة نتناول الأحكام المشار إليها في مبحثين: نعرض في الأول الأحكام المتعلقة بمعايير أو ضوابط ثبوت الولاية . ونعقد الثاني لما هو خاص بمعايير أو ضوابط انتفاؤها .

المبحث الأول

ضوابط ثبوت الولاية للقضاء اليميني

1- تقسيم علاقة التطرح بين مختلف الضوابط وأهميتها.

أولاً : الضوابط العامة المستمدة من فكرة التوزيع الدولي للأشخاص والإقليمية والإرادة السالف ذكرها ، وهي بمثابة الأصول العامة لكل الدول يستمد منها قواعد الاختصاص الدولي ولا يجوزها الخروج عن فلكها ما عدى مسألة النظام العام بما .

ثانياً: الناظر في المعايير أو الضوابط المقررة في قانون المرافعات اليميني رقم ((28)) لسنة 1992م والمعدل بالقانون 2000م . والمنصوص عليها في المواد 77 ، 78 ، 79 ، 80 ، 81 ، 82 ، 83 . من قانون المرافعات المذكور، يجب أن بعضاً منها خاص بدعوي معينه ذات موضوع محدد تقوم على نوع الدعوى، وبعضها الآخر لا يتقيد في إعماله بموضوع معين للدعوى، إذ تعد معايير عامه قابله للانطباق على أية دعوى ، وتعد الطائفة الأولى قواعد أصلية لها الأولوية في التطبيق ، في حين الثانية قواعد احتياطية. فليس كل معيار من هذه المعايير قابل للانطباق على أية دعوى يأتي في مرتبة إعدائه دون ما هو خاص منها بدعوى معينه. إذ يوجد بين مختلف هذه المعايير علاقة تدرج. بحيث يكون بعضها مقدما في الإعمال على بعض، طالما كان من المسلم به أن القاعده الاحتياطية لا تنطبق الا حيث تتخلف القاعدة الأصلية لها. فالنص الخاص يتقدم على النص العام. مما يترتب على ذلك نتيجتين هامتين:-

أولهما : أنه لا يبرز للقاضي أن يستند إلى أحد المعايير العامه التي لا يتقيد إعمالها بموضوع الدعوى إلا إذا تبين له تخلف شروط تطبيق المعايير الخاصه.

وثانيهما: أنه إذا اشتمل النزاع على معيارين عام وخاص فعليه أن يستند على المعيار الخاص ، إذ تشكل المعايير الأولى مخصصات لعموم الأخيرة، ما يتعين علينا في عرضنا هذه

المعايير أن نراعى الترتيب الذى تفرضه علاقة التدرج القائمه بينها . وقبل أن نعرض هذه المعايير
يحسن بنا الاشارة إلى تقسيم الدعاوى وأهمية التفرقة بينها.

1- تقسيم الدعاوى وأهمية التفرقة بينهما في مجال قواعد الاختصاص .

أ- تقسيم الدعاوى .

تنقسم الدعاوى إلى قسمين كبيرين : دعاوى بحسب طبيعة الحق الذي تحميه، و دعاوى بحسب طبيعة المال محل الحماية ، وبالنسبة للدعاوى التي تتعلق بحسب طبيعة الحق الذي تحميه تنقسم إلى نوعين من الدعاوى . شخصية وعينية ، والدعوى الشخصية هي الدعوى التي تستند إلى حق شخصي كدعوى المؤجر بالمطالبة بالوفاء بالأجره، ودعوى المستأجر بتسليم العين المؤجره، ودعوى التعويض عن إتلاف عقار أو منقول ونحو ذلك .

أما الدعاوى العينية فتقسم بدورها إلى نوعين من الدعاوى . دعاوى عينيه عقاريه و دعاوى عينيه منقولة . والأولى هي الدعوى التي يرفعها مالك العقار أو صاحب حق عيني يطلب تقرير حق عيني عليه كدعوى إستحقاق العقار أو دعوى تقرير حق ارتفاق على عقار ، أما الثانية من الدعاوى فهي تلك التي يتمسك المدعى فيها بحق عيني على منقول كدعوى مالك المنقول على من يباذعه ملكيته . أما القسم الثاني من الدعاوى بحسب طبيعة المال محل الحماية فتتضمم نوعين من الدعاوى منقولة وعقاريه . و المنقولة الغرض منها حماية مال منقول مثل دعوى ملكية سيارة .

أما الدعوى العقاريه فهي الدعاوى التي تهدف إلى حماية حق عيني وارد عليه . كالعقارات والمباني والأراضي الزراعيه، كما يوجد نوع ثالث من الدعاوى يطلق عليها الدعاوى المختلطة وهي التي تستند إلى حق شخصي وحق عيني .

ب- أهمية التفرقة بينهما .

وتبدو أهمية التفرقة - فضلاً عن أن هدفها جميعاً حماية الحق أياً كان محله - من ناحيتين :
فالدعوى الشخصية من الأولى والدعاوى المنقولة من الثانية تخصص بها المحاكم التي يوجد

بدائرتها موطن المدعى عليه. بينما الدعاوى العينية من الأولى والعقارية من الثانية تختص بها المحاكم التي بها موطن العقار.

وأخيراً تبدو أهمية التفرقة بأن الحق الشخصي أى الالتزام ، يمثل من ناحية قيمه مالية تكون حق في ذمة المدين ، وصاحبه لا يستطيع أن يباشره إلا بواسطة المدين، بينما الحق العيني سلطة مباشرة على شيء يستطيع أن يباشرها مالكيها دون واسطه، كحق الملكية والانتفاع والتصرف.

وبعد استعراضنا لعلاقة التدرج بين مختلف المعايير وتقسيم الدعاوى وأهمية التفرقة بينها نعرض لهذه المعايير في مطلبين. نتناول في الأول منها الطائفة الأولى من هذه المعايير أو الضوابط الخاصة بنوع الدعوى والمتعلقة بدعاوى معينه أو ذات موضوع محدد ، ونخصص الثاني للطائفة الثانية والخاصة بالمعايير التي لا يتقيد اعمالها بموضوع الدعوى وهي المعايير أو الضوابط العامة القابلة للانطباق على أية دعوى.

المطلب الأول

الضوابط الخاصة بدعاوى معينه أو ذات موضوع محدد

باستعراض المعايير الخاصة المقرره في قانون المرافعات اليمنى نجد انها تشمل على ثلاث فئات الأولى منها تتعلق بالنزاعات الناشئه عن المعاملات، والثانيه تخص منازعات الأحوال الشخصية، والثالثه تتعلق باجراء وقفي أو تنفيذ جبري يجرى تنفيذها في اليمن.

الفئة الأولى : الضوابط الخاصة المتعلقة بمسائل المعاملات.

وقد خصص المقتن اليمنى مسائل المعاملات بثلاثة معايير أو ضوابط . الأول منها خاص بعقار أو منقول كائن في اليمن . والثاني يتعلق بالتزام نشاء أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه في اليمن . وأخيراً معيار تعلق الدعوى بإفلاس أشهر في اليمن. نتناولها تباعاً على النحو التالي: -

الضابط الأول: تعلق الدعوى بعقار أو منقول كائن باليمن.

أولاً، مدلول نص م80 مرافعات ونطاقه والحكمة من تقريره.

تنص المادة 80 مرافعات " تختص المحاكم اليمنية بنظر الدعوى المرفوعة على الأجنبي الذي ليس له موطن في اليمن وذلك في الحالات التاليه: ...

1- إحصاء كائنته الدعوى تتعلق بمال موجود في اليمن.

والحكمة من تقرير هذا المعيار أو الضابط لاختصاص المحاكم اليمنية ترجع إلى أن محكمة دولة موقع العقار أو المنقول تكون أقدر من غيرها في نظر الدعوى المرتبطة بالعقار أو المنقول موضوع النزاع باعتبارها أكثر المحاكم صلة بالنزاع ، الأمر الذي يجعل لها الأولويه على ما عداها من محاكم، ولكونه من الضوابط الموضوعيه والاقليميه الأساسية التي يعتد بها في كافة الدول، ويكتفى به وحده دون النظر إلى أشخاص الخصوم . إذ يتحدد بالنظر إلى إقليم الدوله

وسيادها . ومن هنا فإننا نحكم اليمينه تختص به ولو لم يكن للمدعى عليه موطن أو محل إقامة باليمن ، خروجاً عن القواعد العامه في الاختصاص والتي توجب ملاحقة المدعى عليه في مكانه نظراً لوجود أمر أولى بالاعتبار ، وهنا هو كون موقع المال منقولاً أو عقاراً كانتا في اليمن، هذا من جهة ، ومن جهة ثانية فإن الأحكام الصادره من المحاكم اليمينه ستكون متمتعه بالقدرة والفاعلية لأنها تستطيع اتخاذ اجراءات التنفيذ على هذا العقار أو المنقول باعتباره تحت سيطرتها ومن جهة ثالثة قد يطلب الأمر القيام باجراءات معاينه وانتقال لا يقدر على تنفيذها سواء محكمه موطن العقار . وإذا كان منطوق النص قد جاء بكلمة "مال" فإن المقنن لا يقصد بما معناها في لغه القانون⁽¹⁾ . وهو المعنى الذى يرادف اصطلاح الحق المالى⁽²⁾ . وأما ما يقصده المقنن في استعمال هذا المعنى فهو الشئ الذى قد يرد عليه أو يتعلق به الحق المالى والذى قد يكون عقاراً أو قد يكون منقولاً . ولو أن المقنن اليمينه استعمل عبارة أوضح دلالة في صياغة هذا النص لأحسن صنفاً كقوله مثلاً " تختص المحاكم اليمينه بالدعاوى التى تتعلق بمنقول أو عقار كائن باليمن " .

ونظراً لأن النص جاء مطلقاً لم يفرق بين الدعاوى الشخصيه أو العنيه، وما يدخل في هذا المعيار وما يخرج عنه من هذه الدعاوى وغيرها فإنه يتوجب علينا معالجتها في الفقرتين التاليتين :-

ثانياً: ما يدخل في اختصاص المحاكم اليمينه بناء على ضابطه تعلق الدعوى بعقار أو منقول كائن باليمن .

يمكن إجمال الدعاوى التى يشتمل عليها هذا المعيار في ثلاثه أنواع نلخصها في الآتى :

(1) ق.م يعرف المال بأنه كل شئ يتمول ويمكن إدخاره لوقت الحاجة إذا كان التعامل فيه مباح شرعاً كالعقارات والمنقولات والمواد الغذائية ونحوه وكان غير خارج في التعامل بطبيعته كذلك كالهواء مثلاً .
(2) الحق المالى هو الحق الشخصى أو الالتزام أو الحق العيى أو المعنوى .

أ- كل الدعاوى المتعلقة بعقار أو منقول كائن في اليمن متى كان موضوعها تفسير حق عيني على عقار أو منقول أو حمايته أو حيازة كالدعاوى العينية العقارية والدعاوى العينية المنقولة والدعاوى الشخصية العقارية والدعاوى المختلطة.

فالدعاوى العينية العقارية يقصد بها الدعاوى التي تستند إلى حق عيني على عقار كدعوى الاستحقاق وهي تحمي حق الملكية ودعوى الحيازة وهي تخص حيازة الحق العيني العقارى، والدعوى بتقرير أو نفي حق الارتفاق أو الإنتفاع أو الإستغلال ، ودعوى الرهن وتحمي حق الدائن المرهن.

ولكن هل تدخل في إختصاص المحاكم اليمنية الدعاوى العينية المنقولة؟ وهي التي تستند إلى حق عيني على منقول . ومثلها دعوى الاسترداد في حجز المنقول لدى المدين. فهي عينية لأنها تستند إلى حق عيني . وهي منقولة لأن الحق الذي تحميه يرد على منقول⁽³⁾.

وقد تردد الفقه بصدد الاجابه على هذا السؤال . فالبعض يلحقها بطائفة الدعاوى الشخصية التي تخرج من أختصاص محكمه موقع المال بينما يدرجها البعض الآخر في طائفة الدعاوى العينية العقارية . فطبقاً للرأي الأول الذي يشبه الدعاوى العينية المنقولة بالدعاوى الشخصية- تثبت الاختصاص بهذه الدعاوى لمحكمة موطن المدعى عليه و ليس نكمة موقع المال. و يبرر ذلك أن المنقولات تتميز بعدم الثبات و الاستفزاز و بالقابلية للنقل من مكان لآخر، و من ثم يصعب على المدعى أن يكون على علم بالنظام القانوني الذي يسري على هذا المنقول إذ أنه سيختلف تبعاً للموقع الذي ينتقل إليه المنقول .

أما الرأي الثاني الذي يدرج الدعاوى العينية المنقولة في طائفة الدعاوى العينية العقارية فيجعل الاختصاص بها عقوداً لمحكمة موقع المال . و سند هذا الرأي أن سيادة الدولة على اقليمها

(١) المقصود بالمنقول هنا هو المنقول المادى غير المنقول الذى زعمه الماده (79) ولأما تتحدث عن شئى موجود فى اليمن سواء أكان هذا المنقول من القيسيات التى تعين بلدانها أم من المثليات التى تعين بنوعها . كالأواني والآلات والأجهزة التى يقوم بعينها مقام البعض الآخر عند الوفاء بها .

تقضي بخضوع جميع المنازعات المتصلة بأموال كائنه فيها لولاية محاكمها على أساس أنها أقدر المحاكم على تنفيذ الحكم الصادر بشأن هذا المال لما لها من سلطة فعلية عليه .

و نظراً لأن المقنن اليميني قد جاء بلفظ عام فإننا نرجح الرأي الثاني . فضلاً عن توفر رابطة حقيقته و فعلية بين النزاع و ولاية القضاء اليميني المطروح أمامها ، كما أنه لا يصح التفرقة بين العقار المنقول من حيث عقد الأختصاص بالدعاوى العينية المتعلقة بها لمحكمة الموقع نظراً لما تشغله المنقولات في الوقت الحاضر من أهمية بالغة بحيث أصبحت تمثل عنصراً هاماً من عناصر الثروة الاقتصادية في الدولة لا يقل أهمية عن العقارات كم هو الشأن بأهمية المنقولات المعنوية و بعض المنقولات المادية كالسفن والطائرات .

أما الدعاوى الشخصية العقارية و هي التي و إن كانت تستند إلى حق شخصي إلا أن الغرض منها في النهاية تقرير حق عيني على عقار أو إكتساب هذا الحق. و مثال ذلك دعوى صحة التعاقد التي يرفعها مشتري العقار بعقد غير مسجل على بائع العقار يطلب الحكم بصحة التعاقد و اعتبار الحكم نافلاً للملكية من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى . فهي دعوى تستند إلى التزام شخصي هو الالتزام بنقل ملكية العقار و تؤدي في النهاية إلى تقرير حق عيني على عقار، كما إنها في النهاية دعوى عقارية من جهة أخرى، أو لأنها ترمي إلى حصول المشتري على حق عيني على العقار المباع و بالتالي فإنها تدخل في اختصاص المحاكم اليمينية باعتبارها محاكم موقع المسال. و تبقى أخيراً الدعاوى المختلطة و هي التي تستند إلى حقين : حق شخصي و حق عيني و توجه إلى المدعى عليه باعتباره ملتزماً قانوناً بالحق الشخصي و في نفس الوقت باحترام الحق العيني المقترن بالحق الشخصي و المترتب على ثبوت الحق الشخصي . و من أمثلتها الدعوى التي يرفعها مشتري العقار بعقد مسجل على البائع بتسليم العين المبيعة . فهذه الدعاوى تستند إلى حق عيني للمشتري هو حق الملكية الذي أنتقل إليه بمقتضى العقد المسجل، كما تستند أيضاً إلى حق شخصي للمشتري قبل البائع مصدره عقد البيع الذي يلزم البائع بتسليم العقار المبيع. و قد ذهب جانب من الفقه إلى إلحاق الدعاوى المختلطة بالدعاوى الشخصية العقارية على أساس أن هذه الدعاوى تجمع وصفين . فهي شخصية، و هي أيضاً

عقارية. و من ثم فهي تخضع لاختصاص محكمة موقع المال بل تخصص بها محكمة موطن المدع عليه . بينما ينتقد البعض إلحاقها بالدعاوى الشخصية العقارية لأن الدعوى المختلطة هي التي تتعلق بحق شخصي و حق عيني معاً ، أما الدعوى الشخصية العقارية فقد تتعلق بمجرد حق شخصي ، كالدعاوى التي يرفعها مستأجر العقار طالباً تسليمه . و لرى أنه يتعين التقريب بين الدعاوى المختلطة و الدعاوى العينية العقارية و التسوية بينهما باعتبار محاكم دولة الموقع هي الأقدر على النظر في الدعوى المتعلقة بالمال محل النزاع ، و هي الأقدر كذلك في كفالة تنفيذ الحكم الصادر في شأنها لما لها من سلطة فعلية عليه فضلاً عن أن قرب المحكمه من موقع العقار يسهل لها اتخاذ إجراءات معاينة أو ندب خبير لمباشرة هذه العملية، وغير ذلك من الإجراءات التي لا يستطيع أن تقوم بها عملاً إلا محكمه موقع العقار ، و بما أن المقنن اليمني أخضع جميع الدعاوى التي تتعلق بمال موجود في اليمن لاختصاص المحاكم اليمنية فإن هذا النوع من الدعاوى المختلفة تدخل في مجال ولايته.

ب- يدخل بحسب الأصل في هذا المعيار بحكم عمومته بعض الدعاوى التي تستند فيها إلى حق غير مالي كدعوى الإستحقاق في الميراث مثلاً باعتباره من الحقوق الشخصية⁽⁴⁾.

ج- يدخل كذلك الدعاوى المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والمتعلقة بمال موجود في اليمن كالمنازعة في الوصية بمال موجود في اليمن.

ثالثاً: ما يخرج من ضابط تعلق الدعوى بعقار أو منقول كائن في اليمن و يلتحق بمعايير أخرى.

1- يخرج من مجال أعمال هذا المعيار الدعاوى المتعلقة بالحقوق الذهنية أو المعنوية لأن النتائج الذهنية الذي هو محل الحقوق الذهنية أو المعنوية " المنقول المعنوي " لا يتأتى حال صدوره عن

(4) الحقوق الشخصية لا تقوم بمال وهي حقوق الأسرة وفي دعوى الإستحقاق المراد أثبات صفته كوارث . ولأنه

لأتركه إلا بعد سداد الدين فلا يوجد له حق مال .

الإنسان تركيزه في مكان معين وإن تأتى تحديد مكان نشؤ الحق الذي يرد عليه كحق الملكية وحق الانتفاع ، إذ تدخل هذه الدعاوى في الضابط الثاني من ضوابط المعاملات وهو معيار تعلق الدعوى بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجباً تنفيذه في اليمن.

2- كما يخرج من مجال أعمال المعيار محل الحديث الدعوى الشخصية التي تستند إلى حق شخصي يرمى إلى حمايه هذا الحق سواء كان موضوعها حقاً شخصياً محضاً أو حقاً شخصياً متعلقاً بمنقول . ومن أمثلتها دعوى الدائن بمبلغ المال قبل مدينه، ودعوى المؤجر بالوفاء بالأجره ، ودعوى التعويض عن إتلاف عقار أو منقول ... ونحو ذلك . إذ تندرج هذه الدعاوى في الضابط الثاني من ضوابط المعاملات وهو ضابط تعلق الدعوى بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجباً تنفيذه في اليمن رغم عدم توطن المدعى عليه الأجنبي أو إقامته على أراضي الجمهورية اليمنية، إذا تعيق الأمر بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجباً تنفيذه في اليمن باعتبار أن الأصل خضوع الدعوى الشخصية لحكمه موطن المدعى عليه وليس لحكمه موقع المال . وترير ذلك أن المنقولات تتميز بعدم الثبات والاستقرار والقابليه للتنقل من مكان لآخر ومن ثم يصعب على المدعى أن يكون على علم بالنظام القانوني الذي يسرى على هذا المنقول لأنه سيختلف تبعاً للموقع الذي ينتقل إليه المنقول . وهي دعاوى لايلزم بالضروره أن يجرى تنفيذ الحكم الصادر في شأن معظمها في بلد موقع المال الذي يتعلق به، فضلاً عن التبريرات السابق الإشارة إليها . إذ تدخل جميعها في الضابط الثاني من ضوابط المعاملات وهو معيار تعلق الدعوى بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجباً تنفيذه في اليمن.

الضابط الثالثي ، تعلق الدعوى بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجباً تنفيذه في اليمن.

أولاً : النص التشريعي و مضمونه

نصت المادة (80) مرافعات في فقرتها الثانية على أن تختص احكام اليمنية بنظر الدعوى المرفوعه على الأجنبي الذي ليس له موطن في اليمن . . . أو كانت متعلقه بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجباً تنفيذه في اليمن .

والناظر في هذا النص يجد أنه يقوم على فكرة الصلة أو الرابطة الجديدة بين الالتزام و الاقليم اليمني ، كما أنه يتكلم عن الدعوى المتعلقة بالالتزام دون أن يحدد هل يتعلق الأمر بالالتزام عقدي أو غير عقدي وما تنطوي عليها، و ما يدخل و ما يخرج عنها من دعاوى تندرج في معايير أخرى ، مما يتوجب علينا بيان ذلك تبعاً في الفقرات التالية :

ثانياً ، الالتزامات الناشئة عن العقود الدولية

1- نهاية الالتزام،

يظهر من النص أن المحاكم اليمنية تختص بمجرد أن الالتزام العقدي قد نشأ في اليمن . و نشوء الالتزام يتحقق إذا أبرم العقد أو نشأ الالتزام على الأراضي اليمنية . و نشوء الالتزام بين حاضرين في اليمن لا يشير أي إشكال ، و إنما تبدو الصعوبة واضحة في فرض التعاقد بين غائبين بالمراسلة و فرض تفريق عناصر الخطأ و الضرر و الاثراء و الافتقار من حيث المكان . و لما كانت اليمن هي محل الابرام و يتعقد الاختصاص للمحاكم اليمنية بناء على ذلك فيرجع إلى القانون اليمني لتحديد معنى إبرام العقد و متى يتم بين غائبين، باعتباره قانون القاضي . و لما كان القانون اليمني يأخذ بنظرية العلم بالقبول فقد حسم الخلاف في المسألة . ففي الفرض الأول جعل المقتن اليمني مكان انعقاد العقد، و ذلك متى كانت هي البلد التي علم فيها من أوجب بقبول من وجه إليه إيجابه مالم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك ، و لا يهم بعد ذلك أن يكون العقد قد نفذ أو كان واجباً تنفيذه في الخارج متى كانت اليمن هي محل نشأته حتى و إن كان موضوع الدعوى المنازعه في تنفيذه .

أما الفرض الثاني فستعرض له في معالجتنا للالتزامات غير العقدية .

2- تنفيذ الالتزام،

يتعقد الاختصاص للمحاكم اليمنية إذا تعلقت الدعوى بالالتزام عقدي محل تنفيذه في اليمن سواء كان قد نفذ بالفعل أو كان تنفيذه لم يتم بعد ، لأن القضاء اليمني ثبت له الولاية سواء

كانت الدعوى موضوعها المنازعة في نشأته أو تنفيذه في اليمن . ومن هنا فنشوء الالتزام في الخارج لا يمنع من دخولها في ولايته متى كانت اليمن هي مكان التنفيذ حتى وإن كان موضوع الدعوى هو المنازعة في نشأته.

ويرجع في تحديد معنى تنفيذ اللاتزامات التعاقدية إلى قانون القاضي- وهو هنا اليمني- إذ يتعلق الأمر بتفسير قاعدة من قواعد الإختصاص الوطني . فتسليم المبيع ودفع الثمن في اليمن يعتبر تنفيذاً للعقد يبرر الإختصاص للقضاء اليمني حتى ولو كانت بعض الإلتزامات سيتم تنفيذها في الخارج أو كان العقد ذاته قد أبرم في الخارج .

3- أو كان واجباً تنفيذه:

إذا يشير النص في هذا اللفظ إلى الفرض حيث يتم تنفيذ الإلتزام في اليمن دون أن يكون ثمة اتفاق على ذلك، وكذا اشترط تنفيذه فيها . فإذا ثار نزاع حول عقد تم إبرامه في الخارج وجرى تنفيذه هناك أو لم يجرى تنفيذه حتى اللحظة التي ثار فيها النزاع ، هنا أيضاً انعقد الإختصاص بحسم النزاع السابق- للقضاء اليمني إذا ، تضمن العقد المعنى شرطاً يفيد وجوب تنفيذه فيها- وتحقق أية حالة من الحالات السابقة توجب انعقاد الإختصاص للمحاكم اليمنية ، ولا يلزم اجتماعها بعضها مع البعض الآخر ، وكذلك لا يلزم اجتماع شرطين معاً.

4- ما يخرج من مجال الطابو محل الحديث:

أ- يلاحظ أن النص لم يفرق بين العقود المدنية والتجارية، وبين مسائل الأحوال الشخصية والعينية. فتختص المحاكم اليمنية سواء كان العقد مدنياً أم تجارياً . إلا أنه يخرج من مجال إعمال النص ومن مجال هذا المعيار مسائل الأحوال الشخصية كعقد الزواج مثلاً، لأن الوصف للعقد بتحديد مكان نشأته أو تنفيذه في الإبرام والتنفيذ لا ينطبق إلا على عقود المعاملات . أما الأحوال الشخصية فتخضع أصلاً للقانون الذي يحكم الحالة العائلية للأطراف فيها حتى وإن

نشأت في اليمن إلا إذا تحقق فيها شروط انطباقها في المعايير الخاصة بها والمتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية كما سيأتي بيانهما ضمن معالجتها في الطائفة الثانية.

ب- كما يلاحظ فيما يتعلق بعلاقة التدرج بين هذا المعيار، والمعيار السابق المتعلق بعقار أو منقول كائن باليمن أن الأول مخصص للثاني مما يجعل له الأولوية في الأعمال وبالتالي يخرج من مجال أعمال المعيار الثاني الإلتزامات المتعلقة بالنشأ أو نقل حق عيني - كالتزام البائع بنقل ملكية المبيع- لتدخل في المعيار السابق. لأن محل الإلتزام هنا نقل الملكية.

5- ما يدخل في مجال الضابط محل الحديث.

أ - وعليه فإنه يدخل في مجال أعمال المعيار محل الحديث على سبيل التمثيل دعوى المستأجر بالتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة ودعوى المؤجر بالمطالبة بالوفاء بالإجرة ، ودعوى التعويض عن أتلاف عقار أو منقول ، ودعوى مشتري محل التجارى بالتزام بائعه تنفيذ الإلتزام بعدم المنافسة ، وغير ذلك من الدعاوى التي محل الإلتزام فيها القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل .

ب - كما يدخل في هذا المعيار كذلك الأموال المعنوية والعقود النوعية المتعلقة بحق الملكية الفكرية والأسم والعلامة التجارية والعقود الدولية الإلكترونية . فإذا أبرام عقد دولي عبر شبكة الاتصالات الدولية - الإنترنت- سواء تعلق بسلع أو خدمات فإنه ينعقد الإختصاص للمحاكم اليمنية إذا أبرم العقد أو نفذ في اليمن.

ثالثاً، الإلتزامات غير العقدية.

تشمل المصادر غير العقدية أو غير الإرادية للإلتزام نوعين من الأفعال: الفعل الضار أو المسئولية التقصيرية، والفعل النافع أو الإثراء بلا سبب.

1- الفعل الضار: تخصص المحاكم اليمنية إذا كانت اليمن هي محل نشأ الإلتزام المترتب على الفعل الضار ، ولكن يثور التساؤل : هل ينشأ الإلتزام في اليمن مجرد وقوع الفعل الضار أو

الخطأ فيها، أو يلزم أن يتحقق فيها الضرر بغض النظر عن محل وقوع الفعل الضار؟ وهناك خلاف . فبعض محاكم الدول أخذت بمكان فعل الضرر والبعض الآخر بمكان تحقق الضرر. ولكن المشرع اليمني ترك هذه المسألة لإجتهد الفقه والقضاء. كان يصنع علاجاً في دوله يضر الحوامل ويوزع في اليمن، أو يتسبب أجنبي باصابتة بسيارته في اليمن، أو تصادم يحدث بين سفينتين في المياه الاقليمية اليمنية ، فتختص المحاكم اليمنية عن دعوى التعويض في مثل هذه الحالات ، باعتبار اليمن هي محل الإلتزام سواء تحقق الفعل الضار أو كان الضرر قد ترتب فيها، بل إن هذا الأخير يمثل العنصر الأقوى الذي يشغل الذمة.

كما تختص المحاكم اليمنية ببعض صور المسئولية عن الاعمال الضارة في الاعتداء على حقوق الملكية الفكرية والعلاقات التجارية، باعتبار الاعتداء على حقوق الملكية الفكرية أصبح من المبادئ الهامة التي ظهر فيها الاعتداء خصوصاً عبر شبكة الانترنت بالنظر إلى سهوله الدخول مواقعها ومد تيسيره في سبيل الاستغلال غير المشروع لتلك الحقوق . فلو أن مصمماً فرنسياً للبرامج منح عبر الانترنت ترخيصاً باستغلال برامجه إلى مستخدم متوطن في ماليزيا، وقام هذا الأخير باعادة طبع البرامج في مصانعه بطوكيو دون موافقه الطرف الأول فإن هذا العمل يعد إعتداء على حقوق مانح الترخيص الفكرية بما يعد خطأ تقصيرياً يستوجب المسئولية.

فأمام أي المحاكم يرفع دعواه لو كان قد قام بتسويق ذلك البرنامج عبر شبكة الانترنت ؟ والمبادئ تقرر عقد الإختصاص لمحكمة الدولة التي يطلب منها الحماية وهي عادة الدول التي يتحقق فيها الضرر كما أنها المحكمه التي يقيم ويتوطن المضرور عادة فيها .

2- العمل الناتج " الأثرء ولا سببج "

لما كانت واقعة الأثرء أي تحقق زيادة في الجانب الدائن من ذمة المثري أول شرط من شروط الإلتزام بالرد فإن واقعة الأثرء دون الافتقار هي نتيجة الإثرء، وهذه النتيجة يكفي أن تتحقق في اليمن حتى يعقد الإختصاص للقضاء اليمني.

وتحقق واقعة الاثراء في اليمن تعد الرابطة اللازمة بين النزاع والقضاء اليمني، وترجم في ذات الوقت امكانية كفالة آثار الحكم الصادر بالزام المشري بتعويض الشخص الذي كان افتقاره سبباً في هذا الإثراء عما افتقر به . أى الزام المشري رد الأثراء إلى المفتقر في حدود مايزيل ماحدث له من افتقار، مع عدم مجاوزة قيمة الأثراء. و كالزام الأجنبي مادفع له دون وجه حق وهذه يعقد الاختصاص للقضاء اليمني باعتبار اليمن هي الدولة التي تم فيها دفع غير المستحق أو الدولة التي قام فيها الفصولي بشئون رب العمل .

المضابط الثالث: تعلق الدعوى بأفلاس أشهر في اليمن.

تنص المادة(80) فقره "2" من قانون المرافعات على أن تختص المحاكم اليمنية بنظر الدعاوى المرفوعة على الأجنبي الذي ليس له موطن في اليمن وذلك في الحالات الآتية: ...

1- أو جانبته متعلقه بأفلاس أشهر في اليمن .

والمقصود بالدعوى المتعلقة بالأفلاس لعدم سداد المفلس ديونه كافة المنازعات التي تطبق فيها قاعدة من قواعد الافلاس أو التي تكون ناشئة عن الإفلاس أو المتعلقة بإدارة التفليسه.⁽⁵⁾

ومثال ذلك الدعوى التي يرفعها وكيل الدائنين ببطان التصرفات الصادرة من المفلس في فترة الربيه، ودعوى استرداد البضاعة المودعه لدى المفلس ، والدعوى التي يرفعها وكيل الدائنين مطالباً بدين المفلس وكافة الدعاوى التي يختصم فيها وكيل الدائنين بصفته هذه .

ويلاحظ أنه إذا كان المقنن اليمني قد خول للمحاكم اليمنية الإختصاص بنظر الدعوى المتعلقة بالأفلاس إذا كان الافلاس قد أشهر في اليمن دون أن يشترط التوطن أو الإقامة ، فقد سكت عن بيان الحالات التي يجوز فيها للمحاكم اليمنية أصلاً أن تحكم بشهر الافلاس في

(5) شخص أو أشخاص يربطهم القاضى لإدارة التفليسة أي في بدءالتفليسة .

المنازعات ذات العنصر الأجنبي كشهرة إفلاس التاجر في العلاقات الدولية. وإزاء هذا السكوت عن النص على ضابط الإختصاص في هذا الصدد فإن الفقه قد أقترح بعض الحلول مهتدياً بالمبادئ العامة ، فتكون المحاكم اليمنية مختصة بشهرة إفلاس التاجر المدين إذا كان له موطناً عاماً في اليمن أو موطناً تجارياً فيها أو كان فرعاً لأعمال أو كانت أمواله كلها أو بعضها موجودة في اليمن ، حيث إن هذه الضوابط تسمح باشتراك غالبية الدائنين في التفليس خصوصاً وإن نظام تعدد أو اقليمية الأفلاس⁽⁶⁾ هو الغالب وتأخذ به تشريعات كثيرة، فضلاً عن أن العنصر الأجنبي في العلاقة قد يعطى الإختصاص لحكمة أكثر من دولة بشأن دعوى شهرة الإفلاس . ومن هنا يكون كافياً عقد اختصاص المحاكم اليمنية لإعلان إفلاس التاجر الذي توقف عن ديونه التجارية ويمارس نشاطاً في اليمن عن طريق شركة فرعية . ويرجع إلى قانون القاضي لتقدير هل الأمر يتعلق بمركز إدارته الرئيسي لأعمال التاجر أم إن الأمر يقتصر على مجرد فرع أو وكاله أو مؤسسه فرعية.

الهيئة الثابتة، الضوابط الخاصة المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية.

أورد المقتن اليمني قواعد الإختصاص القضائي الدولي بمسائل الأحوال الشخصية في المادة (8) من قانون المرافعات المعدل .. فخصص الفقرة "3" لمسائل النفقات والفقرة "4" لمسائل النسب والولاية على النفس والفقرة "5" لمسائل الأحوال الشخصية عموماً كالزواج والطلاق والفسخ إذا كان القانون اليمني هو الواجب التطبيق . والفقرة "6" خصصها لمسائل الأثر والتركات. أما بقية الفروض في مسائل الأحوال الشخصية التي لم يخصها بنص خاص فتدخل في المعايير العامة القابلة للأنتطابق على أية دعوى⁽⁷⁾.

الضوابط الأولى : ضابط تعلق الدعوى بالهيئة الثابتة.

(⁶) مبدأ تعدد التفليس سيعتق المحكم على أموال التاجر في بلد القاضي فحسب . أما مبدأ وحدة التفليس أن التاجر المفلس متوطن في دولة القاضي ، والمحكم يشهر أفلاسه يشمل أموال التاجر في دولة القاضي وفي الخارج .
(⁷) أنظر لاحقاً 130 وما بعدها .

أولاً: النص وشروط تطبيقه.

تنص الفقرة "3" في المادة (80) تختص المحاكم اليمنية بنظر الدعوى المرفوعة على الأجنبي الذي ليس له موطن في اليمن وذلك في الحالات الآتية:

إذا كانت الدعوى تتعلق بطلب نفقه للأُم أو للزوجة أو للصغير إذا كانوا مقيمين في اليمن . وقد اعتد المقتن اليمني هنا - على خلاف القواعد العامة - بشخص المدعى في استمرار وجه صلة المنازعة باليمن في شأن الدعوى المتعلقة بطلب النفقة للأُم أو للزوجة أو للصغير متى كان هؤلاء مقيمين باليمن . واشترط لتقرير هذا الإختصاص شروط تبرره اعتبارات معينة.

الشرط الأول : يجب أن يكون المدعى عليه أجنبياً ليس له موطن أو محل إقامه في اليمن . فإذا كان المدعى عليه يعبأ يطبق عليه المادة (78) ⁽⁸⁾.

الشرط الثاني: أن يكون المدعى مقيماً في اليمن . وقد أحسن المقتن اليمني صنعاً في الاكتفاء بالإقامه دون أن يشترط التوطن . ذلك أن من شأن اشتراط العوطن غلق أبواب القضاء وتعرض الأمن المدني في الدولة بشيء من الاختلال وفقدان السكينه العامه فيها.

الشرط الثالث: يجب أن تتعلق الدعوى بطلب النفقة الموضوعية العادية للأُم أو الصغير كما تقضى بها قواعد النفقات بين الأقارب ، أو بطلب نفقه عادية للزوجه باعتبارها أثراً من آثار الزواج . فالأمر هنا لا يتعلق إذن بطلب نفقة وقتية يتم تقريرها من القاضي المختص حين الفصل في الدعوى الأصلية . فالنفقه الوقتيه تخضع لحكم المادة(83) ⁽⁹⁾. الخاصه بالإجراءات الوقتيه والسحفظيه . فكلما النوعين تبررها اعتبارات خاصة. نقتصر على بيان الأول منها، كما يخرج طلب تقرير النفقه لصغير أو لغيره من المشمولين بالولاية في ما هم . إذ تخضع لمعيار الموطن ، إلا إذا كان النائب عنه متوطناً في اليمن، لأنها دعوى ليس لها علاقة بالقرابة.

(8) أنظر لاحق ص 136 .

(9) أنظر لاحق ص 128 .

ثانياً: الأساس القانوني الذي أمتد به المقتنن بشخص المدعى في تقرير اختصاص
المحاكم اليمنية .

بالرجوع إلى روح قانون المرافعات اليمنية وتبريراته نجد أنه قد تقرر النص كفالة الرعاية
لضعف هؤلاء وحمايتهم ، وبحكم تعلق حاجتهم وهو طلب القوت وتوفير السكنية العامة في
الدولة. وهذا مسلم به في كثير من بلدان العالم . ولا يوجد إشكال إذا كان الدائن والمدين
بالنفقة من الوطنيين المقيمين في اليمن.

فالحكم الصادر بالنفقة سيكون ميسور النفاذ من المحكمة التي أصدرته . أما إذا تعدت
العلاقة الحدود الوطنية فإن كثيراً من العقبات قد تحول دون تزويد الدائن بالنفقة - الأم
والزوجة والصغير - على وجه السرعة المطلوبة . فإذا كان المدين متوطناً في الخارج فعدم عقد
الإختصاص للمحاكم اليمنية فيه تكليف للدائن بالنفقة أو المدعى باللجوء إلى القضاء الأجنبي
وقد لا تسعفه موارده الاقتصادية وحالته الصحية والاجتماعية في هذا ، بل إن بعض
الاتفاقيات الدولية التي أهتمت بمعالجة المشكلات القانونية للنفقات لم تقتصر على عقد
الإختصاص بحكمة موطن أو إقامة المدعى الدائن أو المطالب بالنفقة كل هذا يقصد اسعاف
الدائن بما يلزم لقوته وحاجته الضرورية للحياة .

2- ويلاحظ في خصوص هذا التبرير لهذا المعيار إنه كان من شأنه وجوب بسط أعماله على
جميع مستحقي النفقة - وليس قصره على الأم والزوجة والصغير - لا سيما وأن من
مستحقي النفقة من يكون إلى جانب عوزه ضعيف الجناح كالأخت أو مسناً كالأب أو
مصاباً بعاهة مقعده.

3- كما يلاحظ أن الدعوى المشار إليها هي الدعوى التي يطالب فيها المدعى بتقرير وتقدير
النفقة المقررة له بمقتضى صلة القرابة، أو بناء على علاقته الزوجية وكذلك الدعوى بطلب
زيادتها.

الضابط الثاني: الدعوى المتعلقة بالنسب والولاية على النفس والمال.

النص التشريعي طبقاً لنص الفقرة "4" من المادة(80) مرافعات تخصص المحاكم اليمنية بنظر الدعوى المرفوعة على الأجنبي الذي ليس له موطن في اليمن وذلك في الحالات الآتية.

4- إذا كانت الدعوى بشأن نسب الصغير أو الولاية على نفسه متى كان مقيماً في اليمن.

ويظهر من النص أن المقنن يفرق بين دعاوى النسب ودعاوى الولاية على النفس.

أولاً: دعوى النسب: تختص بها المحاكم اليمنية إذا توافرت الشروط التالية:

الشروط الأولى: يجب أن يكون المدعى عليه أجنبياً ليس له موطن أو محل إقامة في اليمن.

الشروط الثانية: أن يكون الصغير الطرف في الدعوى مدعياً أو المرفوعه نيابة عنه الدعوى مقيماً في اليمن. فالمرشح لم يشترط توطنه، وإنما اكتفى بمجرد الإقامة التي تشكل العنصر المادى في فكرة الموطن أى مجرد الإقامة وليست الإقامة العادية التي تكون موطناً. وإذا كان المقنن قد اكتفى بالإقامة فإن الاعتداد بالموطن من باب أولى.

الشروط الثالثة: أن تتعلق بنسب الصغير المقيم في اليمن سواء تعلق الأمر بإثبات النسب إلى من يطلب الانتساب إليه أو بالانقراض به، أو يتعلق الأمر في النهاية بالنسب أو عدم الاعتراف به.

والحكمه من إدخال هذه الدعوى في اختصاص القضاء اليمني أن هذه الدعوى يرفعها صاحب المركز القانونى الذى يراد حمايته بالتقرير ، وقد يكون هو الطفل الصغير عن طريق ممثله القانونى ويكون في موقف المدعى لا المدعى عليه الذى يرغب في إثبات نسبه إلى أي من والديه أو كلاهما ، وقد يكون رافع الدعوى هو الزوج ويرمى بدعواه إلى إنكار نسب الصغير إليه وحماية هذا الأب من أن ينتسب إليه ويلصق به من ليس من صلبه . وقد ترمى هذه الدعوى كذلك إلى حماية الأم من الضرر الذى يصيبها في شرفها من جراء إنكار الزوج نسب الولد إليه.

ثانياً: دعاوى الولاية على النفس:

وتختص بها أيضاً المحاكم اليمنية وفقاً لنص المادة (80) فقره "4" إذا توافر الشرطان السابقان في دعوى النسب وتعلقت الدعوى بمسألة من مسائل الولاية على النفس كسلب الولاية أو الحد منها أو وقفها أو استردادها ، ويراد بمسائل الولاية على النفس أو على المال عموماً كل مسألة لازمة لتوفير الحماية للشمول بالولاية في ماله أو في نفسه.

وبلاحظ أن تماثل الشروط المطلوبة في كل من دعاوى النسب ودعاوى الولاية على النفس هو أمر منطقي لوجود صلة وطيدة بين الدعويين باعتبار أن الولاية على النفس هي أثر من آثار النسب.

ثالثاً: الدعاوى المتعلقة بالولاية على المال.

وتختص المحاكم اليمنية بنظر الدعوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في اليمن إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الولاية على المال متى كان للقاصر أو المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائياً موطن أو محل إقامة في اليمن أو إذا كان بها آخر موطن أو محل إقامة الغائب . وهنا يلزم توافر ثلاثة شروط لعقد الاختصاص للمحاكم اليمنية بهذه الدعاوى .

الشرط الأول : أن يكون المدعى عليه أجنبياً ليس له موطن أو محل إقامة في اليمن.

الشرط الثاني: أن يكون للقاصر أو المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائياً موطن أو محل إقامة في اليمن أو كان بها آخر موطن أو محل إقامة بالنسبة للغائب . وتحديد المقصود بالموطن يخضع لاحكام القانون اليمني المادة(33) مرافعات. وبذلك يكون موطن القاصر أو المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائياً هو موطن من ينوب عنهم قانوناً. أي يلزم أن يكون موطن الغائب عن القاصر أو المطلوب الحجر عليه موجوداً في اليمن.

ولكن ما الحكم إذا كان موطن أى من هؤلاء فى الخارج ولكن هم باليمن محل إقامة فقط.
المشرع سوى بين الوطن والاقامة باستلزام توافر أيهما لعقد الإختصاص للمحاكم اليمنية.

المهروط الثالث: يجب أن تتعلق الدعوى المقامة بمسائل الولاية على المال . وتحديد ما يعد من
مسائل الولاية على المال يعتبر من مسائل التكييف التى تخضع للقانون اليمنى باعتباره قانون
القاضى.

ويعتبر من مسائل الولاية على المال كل ما يتعلق بتعيين النائب القانونى للقاصر أو توقيع
الحجر على من انتابه عارض من عوارض الأهلية" الجنون ، العته، السفه، الغفلة" وتعيين قيم
عليه ، وكذلك تقرير المساعدة القضائية وكذا إثبات الغيبه وتعيين الوكلاء عنهم أو أن يأذن
للقاصر بإدارة أمواله أو بمزاولة نشاط تجارى . وكذا تقرير استرداد الولاية أو الوصاية
أوسلبها أوأخذ منها أو وقفها. وكل مايتعلق بحمايه غير كامل الأهليه فى مالهم.

ويلاحظ أن لما كانت مسائل الولاية على النفس والمال تتحدد على نحو ماسبق ، كانت
التصرفات التى يجريها الولى المتعلقة بنفس المشمول بالولاية كتزويجه مثلاً أو بأمواله كبيع
عقار أو منقول يملكه كائن باليمن أو بالخارج مثلاً، وكذا أفعال الاعتداء التى تصيب المشمول
بالولاية فى نفسه أو فى ماله تخرج من مجال المعيار محل الحديث لتدخل فى مجال أعمال معايير
ثبوت أو نفى الولاية للقضاء اليمنى ، التى تدخل فى مجال إعمالها تلك التصرفات والأفعال .
لأن تلك الأفعال والتصرفات ليست من أعمال الولاية.

المهروط الثالث: الضابط الدعوى المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية وكان القانون
اليمنى هو الواجب التطبيق فى الدعوى.

النص التشريعى: طبقاً لنص المادة (80) فقره "5" تخص المحاكم اليمنية بنظر الدعوى
المرفوعه على الأجنبى الذى ليس له موطن فى اليمن فى الحالات الآتية: ...

1- إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية وكان القانون اليمني هو الواجب التطبيق في الدعوى .

ويظهر من النص أن الاختصاص هنا يقوم على فكرة أن القانون اليمني هو الواجب التطبيق على الدعاوى في مسائل الأحوال الشخصية. وبالتالي يشترط توافر الشروط التالية لا انعقاد الاختصاص للمحاكم اليمنية بناء على هذا الضابط.

أولاً: أن يكون المدعى يمينياً أو أجنبياً متوطناً في اليمن.

ثانياً: أن تكون الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية.

ثالثاً: ألا يكون للمدعى عليه موطن أو محل إقامة من اليمن والإ انعقد الاختصاص للمحاكم اليمنية وفقاً للمادة (79) . ولم يشترط المقتن أن يكون المدعى عليه غير معروف الموطن في الخارج.

وأخيراً: أن يكون القانون اليمني هو الواجب التطبيق في الدعوى . ويمكن أن نجد تبرير عقد هذا الاختصاص للمحاكم اليمنية ، باعتبار أن المحاكم اليمنية تكون دائماً أقدر على حسن تطبيق قانونها وخاصة في مسائل الأحوال الشخصية التي تتصل أو تنشأ أمام محاكمها ، وتبدو أهميته حكم هذه الفقرة بالنظر إلى حكم المادة (26) مدني التي تجعل القانون اليمني هو الواجب التطبيق على مسائل الزواج والطلاق والفسخ والنفقات حتى يتحقق الأنسجام بين الاختصاص القضائي والتشريعي ، وإن كنا نرى قصر هذا الاختصاص على مرحلة نشوء الحق أمام القاضي أو الموثق اليمني ، وعلى الشروط الموضوعية للزواج إذا كان أحد الزوجين يمينياً وقت انعقاد الزواج ، وتقدير هذا الاختصاص يعد حالة من الحالات التي يجلب فيها الاختصاص التشريعي القضائي في حين لو انتهى القاضي إلى أن قانون جنبي معين هو الواجب التطبيق على النزاع لا انحسر عنه الاختصاص الدولي بناء على هذا المعيار .

الضابط الرابع: تعلق الدعوى بمسائل الإرث والتوكلات:

النص التشريعي: تنص المادة (80) تختص المحاكم اليمنية بنظر الدعاوى المرفوعة على الأجنبي الذي ليس له موطن في اليمن وذلك في الحالات الآتية: ...

6- إذا كانت الدعوى متعلقة بالتركات أو كانت التركة قد بدأ في تقسيمها في اليمن أو كانت أموال التركة كلها أو بعضها في اليمن . فالدعاوى المتعلقة بالإرث والتركات كلها أو بعضها في اليمن تختص المحاكم اليمنية بنظرها والفصل فيها سواء تعلق الأمر بالفصل في مسائل تحديد الورثة المستحقين للإرث أو تعلق الأمر بتحديد الأنصبة أو الفصل في الخصومات المتعلقة بإدارة التركة أو قسمة عناصرها، أو دعوى بطلان الوصية أو دعوى إثباتها، ودعوى قسمة التركة أو نقضها.

ولا يشترط أن يكون الخصوم كلهم أو بعضهم متمتعين بالجنسية اليمنية .

كذلك لا يلزم شرط التوطن أو الإقامة باليمن لانعقاد الاختصاص للقضاء اليمني في الفرض السابق شريطة توافر أحد الشروط الآتية :-

الشرط الأول : أن تكون التركة قد سبق تقسيمها في اليمن .

ولما كانت صفة المورث لا تتعلق بالشخصيلاً وقت أن يموت محلاً وراءه ما يورث ، كان المقصود في عبارة ... متى كانت التركة قد بدت في تقسيمها في اليمن .. أن اليمن هي آخر موطن للمتوفي.

وقد كان واضح هذا النص يعرف هذه العبارة الأخيرة على هذا النحو في نص المادة (35) مرافعات التي تقول: (وموطن التركة قبل قسمتها هو آخر موطن للمتوفي عنها..) وكان حرياً به أن يستعمل عبارة توطن المورث بدلاً من استعمال العبارة الأولى ، لا سيما وإن هذه العبارة أوضحت دلاله وأغنى من أن يورد في شأنها نصاً يحدد معناها ، ويبرر هذا الحكم

الاعتبارات العملية هو كون التركة تتركز في محل آخر موطن للمتوفى ، باعتبار أنه كان مقيماً عادة بالقرب من دائنيه ومعها غالب أمواله ، ومن حسن أداء العداله لجميع كافة الطلبات المتعلقة به أمام قاض واحد .

الشرط الثاني: أن يكون المورث يمينياً:

والمراد بالجنسية اليمنية هنا جنسية المورث وقت نشؤ الحق في الإرث، وهو وقت وفاة المورث ، ويرجع في تحديد جنسية المورث اليمني إلى قانون الجنسية اليمنية حتى ولو كانت أموال التركة في الخارج ، دون أن يشترط كون بعض أو كل أموال التركة محل النزاع كائنه باليمن ، وقد راعى المقنن في ذات الوقت أن القانون المطبق على الإرث يسند ضابط الجنسية وهو القانون اليمني طبقاً لنص المادة (18) مدني . وفي هذا الفرض يتحقق التلازم بين الإختصاصين القضائي والتشريعي ، وكون المحاكم اليمنية أقدر من غيرها على كفالة تطبيق القانون اليمني . ويؤخذ على هذا الضابط - وهو مجرد انتساب اليمن بجنسيته إلى اليمن - لعقد الإختصاص للمحاكم اليمنية بمسائل الميراث أنه ضابط ضعيف في حالة كون الأموال الموجودة في الخارج تعد عقارات . ومن أجل ضمان كفالة آثار الحكم اليمني الصادر من المحاكم اليمنية نرى بعدم إختصاص المحاكم اليمنية بتلك الدعاوى حتى ولو كان المورث يمني الجنسية ، ونرى كذلك أن الإستثناء المشترك المقرر في المادتين 77 ، 78، من قانون المرافعات يعد إستثناءً ذو طبيعة عامة يسرى حكمه على جميع قواعد الإختصاص اليمنية وليس على المادتين المذكورتين ، وهو إستثناء الدعاوى المتعلقة بالعقارات الكائنة في الخارج .

الشرط الثالث : أن تكون أموال التركة كلها أو بعضها كائنه في اليمن .

ولا نزاع في إختصاص المحاكم اليمنية بدعاوى الإرث المنصبة على عقارات كائنة كلها باليمن . ولكن يثور الخلاف حول دعاوى الأثر المتعلقة بعقارات واقعة بالخارج خصوصاً وإن المقنن لم يورد إستثناءً على الدعاوى المتعلقة بعقارات واقعة بالخارج على نحو ما فعل بالنسبة للمادتين 78 ، 79، مرافعات . وقد انقسم الفقه في هذا الصدد إلى اتجاهين :

الإتجاه الأول: ويرى أنصاره أن المحاكم اليمنية تختص بالفصل في كافة منازعات الأثر والتركات حتى لو تعلق الأمر بعقارات كائنة في الخارج. وأساس هذا النظر لدى أصحابه أن المادة (79) محل الحديث لم تستلزم تواجد العقارات المعينه في اليمن كشرط الإختصاص القضاء اليمني في هذا الصدد ، كما أن المادة المتقدمة لم تستثن العقارات المتقدمة من ولايه القضاء اليمني كما فعلت في المادتين 78، 79، من قانون المرافعات. حيث قررتا التفاء ولاية القضاء اليمني بالنسبة للدعاوى المتعلقة بعقارات في الخارج بالرغم من أن المدعى عليه يبنى أو أجنبي متوطن أو مقيم في اليمن.

الإتجاه الثاني: يرى أنصاره أن الإستثناء الذي أوردته المادتين 77، 78، من قانون المرافعات يمتد إلى حالتنا الماثله ، والتي يتعلق فيها الأمر بدعاوى الإرث والتركات ، فإذا كانت بعض مفردات التركة عقارات كائنة خارج اليمن امتنع القاضى اليمني عن التعرض لها حال فصله في النزاع المعروض عليه نزولاً على القيد الوارد في المادتين السابقتين . وأساس هذا الإتجاه هو مبدأ الفعالية . ويان ذلك أن الحكم الذى عسى أن يصدر في القضاء اليمني بصدده عقار واقع في الخارج لن تكون له أية فعالية في الدولة التى يوجد فيها هذا العقار . وعلى هذا الأساس لا جدوى من قيام القضاء اليمن بالفصل في منازعات معروف لنا مقدماً عدم إمكان تنفيذ الحكم الصادر فيها . ونحن نرجح هذا الإتجاه لقيامه على أساس سليم إذا كانت منازعات الإرث والتركات كل مفرداتها من العقارات الموجودة في الخارج . أما إذا كانت بعض مفردات التركة من العقارات الموجودة في الخارج وبعضها موجودة في اليمن هنا يحق للقضاء اليمني التصدى للفصل في المنازعات المعروضه عليه حول هذه العقارات دون سواها.

الفئة الثالثة: تعلق المدعى بإجراء وقته أو تحفظه بجرى تنفيذها في اليمن .

النص ومبرراته: عاج المقنن اليمني الإختصاص الدولى بالدعاوى المستعجلة في المادة (8) من قانون المرافعات والتي تنص على أن " تختص المحاكم اليمنية بالأمر بالإجراءات الوقئية

والتحفظية التي تنفذ في اليمن ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية . والحكمة من تقرير هذا النص ترجع إلى كون الاجراءات التي تنفذ في اليمن لا تحتل أي تراخي أو بطء، حيث إن المقصود منها عادة حماية الحقوق والأموال المتنازع عليها حتى لا تمس السكينة والأمن في الدولة أو يتهدد النظام العام فيها ، كما تفرضه مقتضيات مصلحة الخصوم و إسعافهم في اتخاذ إجراءات سريعة وعاجله لحين الفصل في الدعوى الأصلية من جانب المحاكم المختصة منها:

1- التدابير الوقائية: وهي أكثر وقوعاً في مجال الأحوال الشخصية كالتفقات الوقائية للأُم أو الزوجه أو الأقارب . أو تقرير تعويض مؤقت للمصاب في حادث لحين الفصل في الدعوى المدنية الناشئة عن الفعل الضار. ففي دعوى تطبيق مرفوعه أمام محكمه أجنبيه مثلاً من إحدى الزوجات الأجنبية العاملات لدى أحد فروع شركات الاستثمارات الأجنبية في اليمن لمدة معينة لا يمكن تجاهل تلك الزوجه، وتقرير نفقة وقفيه لها لحين الفصل في الدعوى الأصلية بالتطبيق.

2- التدابير التحفظية: ويغلب إتخاذها بخصوص الأشياء أو الأموال التي يخشي عليها من التلف ومن خطر داهم أو من فوات الوقت إذا تم الإنتظار لحين صدور حكم من المحكمة المختصة في الدعوى الأصلية. ومن التدابير التحفظية الأمر بمعالجة بضائع سريعة التلف أو بيعها لحين الفصل في دعوى الوفاء التي يثيرها العقد الدولي التي كانت البضاعة محلله ، ووضع الأختام عليها لحين تعيين الورثة والموصى لهم . وكذا الأمر بتعيين حارس على طفل موجود باليمن حتى يتم الفصل في دعوى الحضانة المرفوعة أمام المحكمه الأجنبية، كما تختص المحاكم اليمنية بإجراءات التنفيذ الجبري المراد إتخاذها في اليمن . ومن الجدير بالملاحظة أن بعض الفقه يذهب إلى أن القضاء اليمني تنتفي عنه ولايه النظر في الدعوى الوقائية متى كان الإجراء الوقائي موضوعها لا يتأتى إتخاذها في اليمن بأن كان المدعى عليه في دعوى النفقة مثلاً ليس له مال في اليمن يمكن التنفيذ عليه ، بما قد يحكم به عليه فيها . ولا يمكن الأخذ بهذا الرأي على إطلاقه مادامنا نسلم بأن من أسس الأخذ بهذا المعيار هو الأستعجال ومقتضيات الأمن والسلام

الإجتماعي وأن الحكم بالنفقة الوقتية يمكن أن يتم من خزانة الدولة حين الفصل على من تجب عليه النفقة.

* الأساس القانوني للإختصاص في حالة الاستعجال.

يذهب بعض الفقه إلى أن فكرة الكفاية الذاتية هي الأقرب للصواب كضابط للإختصاص مما يعنى نفى فكره أخرى كفكرة الاجراءات الوقتية والسلام والأمن المدنى .
فكرة الإستعجال تكفى لتأسيس إختصاص قاضى الأمور المستعجلة وبالتالي رفض التلازم بين الإختصاص القضائى والتشريعى وعدم إعتداد جلب الإختصاص التشريعى للإختصاص القضائى.

ومن هنا نجد المقتن ذاته قد أقر عبداً الكفاية الذاتية للاستعجال كضابط للإختصاص فى العديد من التشريعات الحديثة والاتفاقيات الدولية والفقه الغالب.

ونتائج الأخذ بفكره الكفاية الذاتية يقود إلى عدم تأثره بالقانون الواجب التطبيق، أو فكرة قوانين البوليس والأمن. فظروف الإستعجال تقتضى الاسراع بالأمر بتلك التدابير وخير معين فى هذا السبيل هو قانون القاضى . فهو فى متناول يده لا سيما إذا كان إعمال القانون الأجنبى وإثبات مضمونه تستغرق وقتاً وتأخراً يخشى معه على الحق أو المركز القانونى. ونرى أن جميع الأفكار السابق بينها تعضد بعضها بعضاً وتشكل فى مجموعها أساساً قانونياً لعقد الإختصاص للقضاء اليمى فى قضايا الإستعجال ، من ذلك إيداع الطفل الصغير الذى ليس له عائل إحدى المؤسسات العامه لحماية الطفولة، أو الحكم بنفقة وقتية من خزانة الدولة للمعدم والمعوز حين تحديد من تجب عليه النفقة من الأقارب والأزواج . فلا خلاف فى إعتبار ذلك من تدابير مسائل البوليس والأمن المدنى . أما فيما خلا ذلك فالواجب اخضاعها للقانون الواجب التطبيق اساساً على الموضوع الاصلي. فمبنى عقد الإختصاص لقضايا الاستعجال للقضاء الوطنى مصلحة العلاقات الدولية ، فالحكم بعدم الإختصاص بنظر الطلب المستعجل وتوجه الأطراف إلى رفع دعواهم أمام محكمة اجنبية، وهى قد تكون بعيدة عن محل إقامه هؤلاء أو

تواجههم أو يكون الإلتجاء إليها غير ممكناً بحيث يؤدي التأخير إلى الإضرار على نحو خطير ، وفيه مشقة عليهم.

المطلب الثاني

الضوابط العامة التي لا يتقيد إعمالها بموضع الدعوى

ونوعها و المبنية على فن تنظيم الخصومة القضائية

ذكرنا فيما تقدم أن المقنن اليمني قد أورد إلى جانب ماقرره من معايير أو ضوابط خاصة بعض المعايير أو الضوابط العامة التي لا يتقيد إعمالها بموضوع الدعوى ونوعها والقبالة للإلتحاق على أية دعوى إذا تخلف شروط إعمال الضوابط الخاصة ، وكذا إيراد بعض الضوابط المبنية على فن تنظيم الخصومة.

ولما كان هناك علاقة تدرج تقوم بين المعايير أو الضوابط الخاصة لاثبات الولاية للقضاء اليمني كان متعيناً علينا أن نراعى علاقة التدرج القائمة أيضاً بين هذه الضوابط العامة وهي أربعة ضوابط .

- 1- ضابط توطن المدعى عليه أو إقامته في اليمن.
- 2- ضابط انتساب المدعى عليه بجنسيته إلى اليمن.
- 3- قيام صلة ارتباط بين دعويين أو دعاوى متعددة.
- 4- قبول الخصوم الخضوع الإختياري للمحاكم اليمنية ، نتناولها تباعاً على النحو التالي:

الضابط الأول: توطن المدعى عليه أو إقامته في اليمن:

أولاً: النص التشريعي ومبرراته : نصت المادة(79) من قانون المرافعات على أن " تختص المحاكم اليمنية بنظر الدعوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في اليمن فيما عدى الدعوى المتعلقة بعقار في الخارج.

والناظر في النص يجد أن المقنن لم يخرج بذلك عن نتائج قاعدة أساسية من قواعد الإختصاص القضائي وهي أيضاً قاعدة مستقرة من قواعد الإختصاص المحلي ترجع إلى عهد القانون الروماني. ويبررها من ناحية أن الأصل في الانسان براءة ذمة المدعى عليه حتى يقيم المدعى الدليل على مزاعمه من حق قبله ، ومن ثم فالمدعى الذي يرفع دعواه مدعياً قبل آخر عليه أن يسعى إلى المدعى عليه في محكمته ، ومن ناحية ثانية إن هذه القاعدة مبدأ هام وهو ضمان الفاعلية الدولية للأحكام ، فمحكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه هي التي يسهل عليها إتخاذ إجراءات تنفيذ الحكم ضد المدعى عليه . ونرى أن الضابط محل الدراسة ليس أساسه فكرة السيادة وإنما مراعاة مصلحة المدعى عليه وضمان المستقبل التنفيذي للحكم والتي تركز على مبدأ الفعالية الواقعية في حل مشكلات المنازعات الخاصة الدولية ، ومما هو جدير بالملاحظة أن القاضى اليمنى لا يجوز له أن يستند إلى غيره من معايير الطائفة التي ينتمى إليها إلا إذا تخلف شروط إعماله وذلك بأن يكون المدعى عليه غير متوطن ولا مقيم في اليمن مثلاً.

ثانياً: مفهوم الموطن أو الإقامة كأساس للإختصاص القضائي:

ولتحديد معنى الموطن أو الإقامة يجب دائماً الرجوع إلى قانون القاضى إذ يتعلق الأمر بتفسير إحدى قواعد الإختصاص الوطني وبالتالي ، فالقانون اليمنى هو المختص بتحديد معنى الموطن أو الإقامة وبالرجوع إليه يمكن التفرقة بين أربعة أنواع من المواطن.

1- المواطن العام: ولاشك أن حكم المادة (33) مرافعات ينصرف بدهاءة أولاً وقبل كل شئى إلى المواطن العام إذ تقول " المواطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة ويباشر فيه أعمال الحياة العادية ويستوفى ماله ويؤدى ماعليه . وهنا لابد من توافر عنصرين : الأول الإقامة أو السكن فى مكان معين وهذا هو الركن المادى، والثانى هو الاعتياد أوالإستقرار . أى نية الإقامة الدائمة فى ذلك المكان وهذا هو الركن المعنوى . فمجرد الإقامة بعض الوقت لا تجعل للشخص موطناً مالم تكن مصحوبة بالإستقرار فيه.

2- الإقامة والوجود العارض :

وتعريف المواطن العام على هذا النحو يقتضى التفرقة بين الإقامة ومجرد الوجود العارض، فالإقامة العادية فى مكان ، تفيد تركيز مصالح الشخص فيه ، باعتبار أن الإقامة هي العنصر المادى للموطن، أما مجرد الوجود العارض أو المرور العابر للمدعى عليه فى إقليم الدولة- كالسياحة والزيارة أو المهمة المؤقتة - فيبدو أن المقتن لا يعقد الاختصاص للمحاكم اليمينية⁽¹⁰⁾ عكس بعض التشريعات التى تكتفى ولو لمجرد الوجود فى الأقليم لعدة ساعات. لأن الإقامة تتفق مع مبدأ قوة النفاذ . فالمحاكم اليمينية يمكنها أن تنفذ بسهولة الحكم الصادر منها ضد المدعى عليه الكائن تحت سلطاتها الإقليمي، كما تيسر مهمة الدفاع عنه، وكل هذه الإعتبارات لا تنوافر فى شأن التواجد العارض أو المرور العابر.

3- موطن الأعمال: وموطن الأعمال أو المواطن الخاص نصت عليه المادة (33) فى شطرها الثانى بقولها " يكون المكان الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة أو مهنة أو وظيفة موطناً له لإدارة هذه الأعمال . وعلى ذلك فالمشخص الذى يمارس مهنة أو حرفة سواء كانت تجاربه أو صناعية فإن المكان الكائن به المتجر أو المصنع يعتبر موطناً لصاحبه فيما يتعلق بالأعمال التى تثار بخصوص هذه التجارة أو الصناعة دون سواها .

(10) م (37) مرافعات تقول " محل الإقامة هوالمكان الذى يقيم فيه الشخص بصفه مؤقتة لعمل عارض أو ظرف خاص " والمرر لهدف التمييز بين الموطن والإقامة المؤقتة.

4- المواطن الحكمي أو القانوني: حددت المادة (35) مرافعات المواطن الحكمي أو القانوني بقولها "مواطن التاجر ومن في حكمه هو مواطن النائب عنه قانوناً ولياً أو وصياً"

وقد راعى المقتن أن هناك طائفة من الأشخاص يقيمون عادة في مكان لكنه يعتبر مكاناً آخر موطنهم . فهؤلاء الأشخاص لا يستطيعون مباشرة حياتهم القانونية لوجود عارض يحول دون ذلك ، ولا بد أن تباشر أعمارهم القانونية بواسطة شخص آخر ، وموطن هذا الأخير هو موطن قانوني أو حكمي بالنسبة لهم . فمواطن من ينوب عن القاصر أو المحجور عليه والمفقود والنائب يعتبر موطناً هؤلاء ، فرعاية مصلحة هؤلاء تبرر عقد الإختصاص بالدعاوى التي ترفع عليهم للمحكمة الكائن في دائرتها موطن من ينوب عنهم قانوناً أما إذا بلغ القاصر 18 عاماً فالعبرة بموطنه الفعلي وليس القانوني.

5- المواطن المختار: تقضي المادة (37) بأنه " يجوز اتخاذ موطن أو محل مختار لتنفيذ عمل قانوني معين بالإتفاق مع الطرف الآخر كتابة أو باعلانه بوجه رسمي . ويعتبر المحل المختار موطناً بالنسبة لكل مايتعلق بهذا العمل بما في ذلك إجراءات تنفيذ الإتفاق ، إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى . ومؤدى هذا أن المحكمة المختصة بالدعاوى المتعلقة بتنفيذ هذا العمل القانوني هي المحكمة التي يتبعها هذا المواطن، وهذا في مجال الإختصاص الداخلي وأعمالها المقتن كذلك في الإختصاص الدولي حيث تنص المادة (80) مرافعات " تختص المحاكم اليمنية بنظر الدعاوى المرفوعة على الأجنبي الذي ليس له موطن في اليمن ، وذلك في الحالات الآتية: ...

6- إذا كان له موطن مختار في اليمن: ونرى أن اتفاق الخصوم على تعيين اليمن كموطن مختار لتنفيذ تصرف قانوني ما قد يفترض أن يكون هؤلاء الأشخاص قد اتفقا على اختيار هذه الدولة محلاً للوفاء بالتزامات الناشئة عن هذا التصرف ومن شأن اتفاقهم هذا أن يكون تصرفهم واجب التنفيذ في اليمن مما يجعل الدعاوى الناشئة عنه بالتالي تدخل في مجال أعمال معيار تعلق الدعوى بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجباً تنفيذه في اليمن، وبالتالي فإن

لفض الموطن للمعيار محل الحديث لا ينصرف ولا يتأتى إعماله إلا حيث لا يتأتى إعمال معيار تعلق الدعوى بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجباً تنفيذه في اليمن ، وعليه فالأجنبي الذي له موطن عام في الخارج ولم يكن له موطن أو محل إقامة وإنما اختار اليمن موطناً لتنفيذ عمل قانوني معين يكون بذلك قد قبل اختصاص المحاكم اليمنية على الدعوى المتعلقة بذلك العمل القانوني وبالتالي فلا يمتد إلى دعاوى أخرى لا تتصل بذلك العمل حتى ولو كانت بين نفس الأطراف . وفي حالة تعدد المدعى عليهم يشترط عدة شروط تستنتج من نص المادة (80) حيث يقول " تختص المحاكم اليمنية بنظر الدعاوى المرفوعة على الأجنبي الذي ليس له موطن باليمن وذلك في الحالات الآتية" (7) إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة في اليمن . وقد أراد المشرع بهذا النص مواجهة صعوبة تعدد المدعى عليهم . ومن هنا يشترط لإعمال حكم المادة المذكورة الشروط الآتية:---

الشروط الأولى: يجب أن يكون المدعى عليهم الذين يجوز رفع الدعوى عليهم أمام المحاكم اليمنية باعتبارها محاكم موطن أو محل إقامة أحدهم مختصمين في الدعوى بصفة أصلية . فإذا كان للكفيل موطن أو محل إقامة في اليمن وكان موطن أو محل إقامة المدين الأصلي في الخارج فلا تختص المحاكم اليمنية بالدعاوى التي ترفع على المدين والكفيل . لأن هذا الأخير مختصم في الدعوى بصفة تبعية أو إحتياطية .

الشروط الثانية: يجب أن يكون بين الطلبات الموجهة إلى كافة المدعى عليهم ارتباطاً جدياً يبرر جمعها في دعوى واحدة ترفع أمام محكمة موطن أو محل إقامة أحدهم، كما لو تعلقت الدعوى بعقد دولي واحد ، أو فعل ضار واحد .

الشروط الثالثة: يشترط أن يكون تعداد المدعى عليهم تعدداً حقيقياً فإذا رفع المدعى دعواه أمام المحاكم اليمنية باعتبار أن اليمن موطن أو محل لإقامة أحد المدعى عليهم ثم نزل عنها في مواجهة المدعى عليه المتوطن في اليمن فإن دعواه ضد باقي المدعى عليهم لا تختص بها المحاكم

اليمنية لأنه في الحقيقة يعتبر اختصاص المدعى عليه المتوطن أو المقيم في اليمن اختصاصاً صورياً لا ينتج من ورائه سواء جلب باقي المدعى عليهم أمام محكمة لا تشملهم ولايتها أصلاً.

الشرط الرابع: يجب أن تكون المحكمة التي ترفع إليها الدعوى في حالة تعدد المدعى عليهم هي محكمة موطن أو محل إقامة أحدهم، فإذا انعقد الاختصاص للمحكمة اليمنية بالنسبة لهذا الأخير بناءً على ضابط آخر للاختصاص فلا يجوز رفع الدعوى على جميع المدعى عليهم أمامها لأنها لا تعتبر في الواقع محكمة موطن أو محل إقامة أحدهم. وإذا رفعت الدعوى عليهم على خلاف ذلك كان لهم الدفع بعدم اختصاص المحاكم اليمنية. غير أن الاختصاص يفضل قائماً على المدعى عليه بالنظر إلى الضابط الآخر غير الموطن أو محل الإقامة. كالتخضع الإرادي مثلاً. وإذا أخذ بعين الاعتبار مبررات القاعدة السابقة مثل وحدة الخصومة وعدم تقطيع أوصالها بين أكثر من محكمة ومنع تضارب الأحكام، لأمكن القول بأن هذه القاعدة يمكن أن تعمل لجلب الاختصاص لمحكمة إحدى الدول الأجنبية، إذا كان لإحدى المدعى عليهم موطن أو محل إقامة في نطاق سلطاتها الإقليمية وذلك إذا رفع المدعى دعواه أمامها ولو كان الآخر متوطن أو مقيم باليمن. ولكن العمل جرى على خلاف ذلك؟ فنظراً لأن القضاء يشكل أحد مظاهر السيادة في الدولة فإنه لا يقبل أن ينتقص من سلطان هذا القضاء بسلبه لصالح قضاء دولة أجنبية. فلو أن محكمة أجنبية اختصت بدعوى تعدد فيها المدعى عليهم، بناءً على وجود موطن أو محل إقامة لأحدهم في إقليم الدولة الأجنبية، فإنه لا يمكن أن يترتب على ذلك سلب المحاكم اليمنية لاختصاصها في حالة تحقق سبب من أسباب الاختصاص.

5- موطن الأشخاص العجائز: تنص المادة (36) مرافعات بأن "موطن الشركات والمؤسسات القائمة أو التي في دور النصفية هو مركز إدارتها الرئيس ويعتبر مقر فرعها موطناً في المسائل المتعلقة به.

والموطن المقصود هنا ليس موطناً فعلياً كما هو الحال بالنسبة للأشخاص الطبيعيين وإنما هو موطن حكومي وهو المكان الكائن به مركز إدارة الشخص الاعتباري.

* هبة إجمال نص المأخذة (36) محل الحديث .

أولاً: فحيث يتخذ الشخص الاعتبارى مركز إدارته الرئيس فى اليمن ، وحيث تعد هذه الدولة بالتالى موطناً عاماً له فإنه تثبت لقضايتها ولاية النظر فى جميع الدعاوى المرفوعة عليه سواء تعلقت بوجوده أو بنشاطه أو بأمواله أو بإدارته، وسواء كانت اليمن أو لم تكن محل مباشرة نشاطه.

ثانياً: عندما يوجد مركز إدارة الشخص الاعتبارى - كشركة مثلاً - فى الخارج ولكن يمارس نشاطاً فى اليمن فيتعقد الإختصاص للمحاكم اليمنية لأن وجود نشاط للشركة فى اليمن يبرر إنعقاد هذا الإختصاص . ولا صعوبة فى الفرضين السابقين .

ثالثاً: عندما يوجد مركز الادارة الرئيسى للشخص المعنوى - كشركة مثلاً - فى الخارج ولكن ليس لها فى اليمن الإ مجرد وكالة أو فرع فهل يعنى هنا بموطن الشركة الأم الكائن فى الخارج أم بالمكان الذى يمارس فيه هذه الوكالة أو هذا الفرع نشاطه ؟ كما هو الشأن فى العصر الحديث بخصوص فروع البنوك وشركات الاستثمار التى تعمل فى اليمن؟ وعلى أى حال فلا منازع فى اختصاص المحاكم اليمنية بشأن الدعاوى التى ترفع على الفرع، إذا الوكالة الكائنة باليمن، باعتبار أن لها موطناً حكماً فيها بخصوص النشاط الذى تمارسه، وهو حكم متبع فى شأن تنازع القوانين، باستثناء الدعاوى المتعلقة بعقارات فى الخارج .

ومن هذا القبيل أيضاً تعد اليمن موطناً خاصاً للشخص الاعتبارى العام الاجنبى لمباشرة بعض نشاطه فى اليمن كالفرض عندما كانت وزارة الصحة الكويتية تباشر فى اليمن نشاطها مثلاً فى الخدمات التى كان يؤديها مستشفى الكويت العام .

الضابط الثاني: إنتساب المدعى عليه بجنسيته إلى اليمن.

النص التشريعي: تنص المادة (78) مرافعات " تختص المحاكم اليمنية بالدعوى المرفوعة على اليمني ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في اليمن فيما عدى الدعوى المتعلقة بعقار في الخارج 0 ويلاحظ على النص الآتي:

أولاً: إنه إذا لم تكن الدعوى موصولة باليمن من طريق توطن أو إقامة المدعى عليه بها أو من طريق سببها فإنها تدخل في مجال ولاية القضاء اليمني بناء على هذا الضابط. فمجرد ثبوت الجنسية اليمنية للمدعى عليه يبرر عقد الاختصاص للمحاكم اليمنية ولو كان مقيماً في الخارج وليس له في اليمن موطن أو محل إقامة، أياً كان رافع الدعوى أو نوعها أو سببها، وسواء كان القانون الواجب التطبيق هو اليمني أو أجنبي . فهنا لم يتطلب المقتن أية رابطة أخرى بجانب ضابط الجنسية.

ثانياً: يرى البعض أن تقرير الاختصاص في هذه الحالة يقوم على اعتبار شخصي وهو التأكيد لسيادة الدولة الشخصية على رعايها . بينما يرى جانب آخر هجر هذا الضابط إذا لم يوجد رابطة مادية أخرى تربط المدعى عليه الوطني بإقليم الدولة، وذلك لأن الحكم الصادر سيكون فرصة تنفيذه ضئيلة حتى داخل دولة المدعى عليه، فضلاً عن تحميل الوطني الذي يقطن في الخارج مشقة الانتقال إلى بلده للمثول أمام قضائها في الدعوى المختصة فيها . وبالنسبة للأشخاص الاعتبارية اليمنية فالراجح أن الضابط لا يفرق بين الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين وبالتالي تؤيد انطباق حكم المادة (78) على الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين.

الضابط الثالث : قبول الخصوم الخضوع الاختياري للمحاكمة اليمنية.

أولاً: النص التشريعي ومضمونه: إذا نشأت عن المحاكم اليمنية ولاية النظر في نزاع ذي طابع دولي لعدم انطباق أى من الضوابط السالف ذكرها ، فإنما ثبت لها في شأنه مع ذلك متى قبل الخصوم الخضوع لسلطان قضائها ، وهذا هو ما يقرره المقتن في نص المادة(81) "

تختص المحاكم اليمينية بالفصل في دعوى ولو لم تكن داخله في اختصاصها طبقاً للمواد السابقة إذا قبل الخصوم ولايتها صراحة أو ضمناً.

وقد راعى المقتن حماية المصالح الخاصة للأفراد وتيسير معاملات التجاره الدولية وكلاهما هدف أصيل من أهداف القانون الدولي الخاص في عمومته، ويطلق على هذا الشرط المانع للإختصاص القضائي . ويرجع إلى قانون القاضى لتحديد جلب أو سلب الإختصاص بارادة الأطراف و تحديد الطبيعة الاجبارية أو الاختيارية لتعديل الإختصاص بالنسبه للقاضى الذى ينظر الدعوى .

ثانياً: شروط صحة الاتفاق المانع للإختصاص:

الشروط الأول : ضرورة إتصاف النزاع محل الاتفاق المانع للإختصاص بالصيغة الدولية ، وهذا الشرط يعد أصلاً عاماً طالما كان هذا الشرط متعلقاً بنزاع ذي عنصر أجنبي أو دولي ولا يعدو إلا أن يكون مسaire لما هو متعارف عليه بين جمهور الفقه . والعديد من الانظمة القانونية والمعاهدات الدولية المنظمة لموضوع الاتفاقات المانحة للإختصاص.

الشروط الثاني: أن يكون هناك رابطة جديية بين المحكمة المختارة المعهود إليها بالإختصاص والنزاع المطروح أمامها وهذه العلاقة الجديية قد تستمد من عناصر شخصية جنسيه الاطراف أو موطنهم كأن يكون أحد الاطراف ينتمي بجنسيته إلى دولة المحكمة المختاره للفصل في النزاع ، وقد تتبلور الرابطة الجديية أيضاً في عناصر موضوعية مستمدة من علاقته القانونية محل النزاع كأن يتصل أحد عناصر العلاقة " محل تنفيذ العقد مثلاً " بالدولة التي يتبعها المحكم المختاره."

الشروط الثالث: ألا يكون هذا الخضوع قائم على غش أو تحايل ، خصوصاً في الفرض الذي يتحقق فيه التلازم بين الإختصاص القضائي والتشريعي ، وما أكثر ذلك في مسائل الأحوال الشخصية... فقد يتجه الخصوم إلى اختيار المحكمة التي يعلمون مقدماً أنها ستطبق قانونها من تلقاء نفسها ، ولهذا يطلق على هذا النوع الغش نحو الإختصاص للحصول على حكم لصالحهم يمتنعون به فيما بعد في إقليم دولة المحكمة الأولى . وجزاء الحكم الصادر هنا هو رفض شموله بالامر بالتنفيذ بناءً على الغش .

ثالثاً: أشكال الخضوع الإبراهيمي.

1- القبول السريع : ومقتضاه أن يتفق الأطراف في الخصومة على رفع دعواهم بالنزاع أمام المحكمة اليمينية وهذا الاتفاق قد يكون سابق على قيام النزاع. وهو الوضع الغالب وقد يكون لاحقاً على قيام النزاع.

2- القبول الضمني: وهو بطبيعة الحال لا يكون إلا بعد نشأة النزاع بين الطرفين ولا يكون مكتوباً بل يستفاد من السلوك العملي لطرفي الخصومة المدعى والمدعى عليه. والقبول الضمني من ناحيه المدعى يكون بمبادرة رفع الدعوى أمام القضاء رغم عدم إختصاصها أصلاً بالنزاع وفقاً لضوابط الإختصاص السالف بياها ، أما القبول الضمني من ناحيه المدعى عليه وهو الغالب فيستفاد من حضوره أمام المحكمة دون أن يدفع بعدم إختصاصها عند بدء النزاع وقبل بدء الكلام والخوض في موضوع الدعوى ، على أنه يجب الحذر والتحوط عند تفسير سكوت المدعى عليه ، إذ لا يكون مستساغاً تفسير سكوته على أنه قبول ضمني للإختصاص في جميع الأحوال. فالسكوت في حد ذاته لا يعبر عن إرادة إلا إذا كانت ملاسبات المنازعه وقرائن الحال تدعمه، كما أن غياب المدعى عليه ليس قبولاً ضمناً.

وأخيراً: ملاحظاً على النص : يؤخذ على النص بعض المعايير ، من أهمها أولاً إستعمال أداة الشرط لو ، وحرف العطف الذي يتقدمها في صياغته ، خصوصاً وأنه يعتمد إلى جانب ذلك الضابط ضوابط عديدة أخرى يكفي توفر أحدها لثبوت الولاية للقضاء اليميني بصرف النظر عن قبول أو رفض المدعى عليه الخضوع لولايته ، وبالتالي لا معنى لاشتراط قبول أو رفض المدعى عليه في مثل هذه الفروض ، وكان يحسن بالمقنن اليميني حتى يستقيم النص مع تدرج هذه الضوابط أن يستعمل ظرف الزمان (مضى) بدل من أداة الشرط (لو) وحرف العطف الذي يتقدمها⁽¹¹⁾ فيصبح المعنى أن المحاكم اليمينية تختص بناء على قبول الخصوم إذا لم يوجد معايير آخر يستند إليها الإختصاص .

الضابط الرابع: قيام صلة ارتباط بين الخصومين أو دعاوى متعدده.

أولاً: النص التشريعي ومفهوم الدعاوى المرتبطة: تنص المادة (82) "تختص المحاكم اليمينية بالفصل في المسائل الأولية والطلبات العارضة المرتبطة بالطلبات الأصلية إذا كانت مختصة بها .

(11) ولو لم حرف أنتناع أى يمنع شيء لوجود شيء . فكان النص يقول " تختص المحاكم اليمينية سواء وحدت معايير أخرى او لم توجد . وهذا غير صحيح ، فإذا وجد معيار آخر غير القبول فهو المتقدم عليه في الأعمال .

ويبدو من النص أنه يواجه فكره تفرع الخصومة الناتج عما يثار فيها من مسائل ، وأثر فكرة الارتباط في العودة إلى تحقيق وحدة الخصومة ، وهذا يظهر حرص المقتن على عقد الإختصاص للمحاكم اليمنية التي تنظر الدعوى الأصلية بهذه المسائل . وهذه قاعدة أصلية من قواعد الإختصاص وهي أن " قاضي الأصل هو قاضي الفرع " لتحقيق الارتباط رغبة في اقتصاد النفقات ومنعاً لتضارب الأحكام . ويواجه النص ثلاث حالات للدعوى المرتبطة.

الحالة الأولى: المسائل الأولية:

1- مفهوم المسائل الأولية: ويعتبر مسألة أولية كل مسائلة يتوقف الحكم في الدعوى على الفصل فيها .

2- شروط الإختصاص بالمسائل الأولية:

الشرط الأول: أن تكون المحاكم اليمنية مختصة أساساً بالدعوى الأصلية ، ويستوى بعد ذلك أن تكون المحاكم اليمنية مختصة أم لا بنظر المسألة الأولية إذا رفعت إليها في صورة دعوى مستقلة، ويستوى أن تتعلق المسألة بمسائل الأحوال الشخصية أو العينية.

الشرط الثاني: أن يكون الفصل في المسألة الأولية لازماً للحكم في الدعوى الأصلية وهذا يعني توافر درجة معينة من الارتباط بين الدعويين سواء تحقق الارتباط عن طريق عنصر السبب أو الموضوع أو الاطراف . فمثلاً تحديد جنسية أحد الخصوم يعتبر مسألة أولية بحيث يكون الفصل فيها لازماً لتحديد مدى إختصاص المحاكم اليمنية . وتحديد ما يعد من المسائل الأولية وتقدير مدى ارتباطها بالدعوى الأصلية هي مسألة تكييف أولي لازمة للفصل في الدعوى يختص بها القاضي وفقاً لقانونه.

الحالة الثانية: الطلبات العارضة: والواقع أن مقتضيات الدقة القانونية تستلزم منا عدم الخلط بين الطلبات العارضة والمسائل العارضة. فالطلبات العارضة تعتبر وسيلة من وسائل مباشرة الدعوى من جانب المدعى والمدعى عليه ويقال عادة أن الطلب العارض يؤدي إلى

تغيير نطاق الدعوى زيادة أو نقصان من جهة موضوعها أو سببها أو أطرافها ومثال الطلبات العارضة الطلب الذى يتقدم به المدعى طالباً زيادة المبلغ المطلوب وفاؤه من المدعى عليه والذى كان قد أقترضه، وطلب الفوائد الاتفاقيه أو القانونيه التابع لطلب برد مبلغ القرض وكذا الطلب بادخال ضامن.

أما المسائل العارضة فهى على العكس لا تضيف جديداً إلى موضوع الدعوى الأصلية ومنها المسائل التى تثار بمناسبة طلب أصلى وتتعلق بالإثبات أو طلب سقوط الخصومه أو تركها فالمسائل العارضة تلازم الطلب وجوداً وعدمً * شروط الإختصاص بالطلبات العارضة.

الشرط الأول: يجب أن تكون احكام اليمينه مختصه إبتداء بالدعاوى الأصلية أو الطلب الأصلى.

الشرط الثانى: يجب أن تكون الطلبات العارضة مرتبطه بالدعاوى الأصلية أو الطلب الأصلى.

الحالة الثالثه: الطلبات المرتبطه:

أولاً: مفهوم الطلبات المرتبطه: وهى طلبات تتصل بطلبات أخرى برابطة وثيقه يجعل من المفيد جمعها أمام محكمه واحده ، ومن أمثلتها الطلب الذى يقدمه الموصى له طالباً تسليم الشئ أو المال الموصى به فيطلب الورثه المستحقون الحكم بعدم صحة الوصية.

ثانياً: شروط الإختصاص بالطلبات المرتبطه.

الشرط الأول : أن تكون احكام اليمينه مختصه بالدعاوى الأصلية.

الشرط الثانى: أن تكون على صله جديده بالدعاوى الأصلية ، ولما كانت مسألة الارتباط تتصل أكثر بإجراءات الخصومه والحفاظ على وحدتها فإن تقدير درجة هذا الارتباط يخضع لقانون القاضى الذى ينظر الدعوى الأصلية . ويلاحظ أن المقنن قد قصد من وراء تقرير

الإختصاص بالدعاوى المرتبطة" من ناحية مصلحة الخصوم وتجنبيهم كثرة النفقات وعدم تعطيل مصالحهم الذى ينتج عن طول الاجراءات إذا رفعت دعوى مستقلة بتلك الدعوى المرتبطة أمام محكمه أجنبيه . ومن ناحية أخرى مصلحة مرفق القضاء بوجه عام والسياسة التشريعية فى مجال الإختصاص القضائى الدولى ، وهو وحدة الخصومة ولما تلقى تحقيق أحدها أو بعضها من ضوء على الأخرى مما يساعد على حسن سير العدالة وسرعة الفصل فى المنازعات الدولية والى تمس إلى حد كبير التجارة الدولية ونموها عبر الحدود، وكذلك منع صدور أحكام قضائية متضاربة بخصوص ذات الخصومة إذا كانت هناك أكثر من محكمة مختصة يتجشم من يبدى الدفع بالمسائله الأولى مشقة رفع الأمر بشأنها إلى القضاء الأجنبى الذى تدخل فى ولايته وما فى ذلك من عنت وإضرار بمصالح العلاقات الدولية وازدهارها.

المطلب الثالث

تنازع الإختصاص القضائى المتحرك والنظام العام الإجرائى

الفرع الأول

تنازع الإختصاص القضائى المتحرك

أولاً: مضمون المسئلة وطبيعة ضوابط الإختصاص الدولى:

وتحليل الطبيعة القانونيه لتلك الضوابط يمكن أن يودى تقسيمها إلى نوعين من الضوابط ضوابط ثابتة غير قابلة للتغيير والانتقال كضابط موقع العقار أو محل نشأة الالتزام أو محل افتتاح الشركة و ضوابط قابلة للتغيير والانتقال. ونذكر منها على وجه الخصوص ضابط جنسية الخصوم أو موطنهم أو محل إقامتهم وكذلك الضابط المستمد من إرادة الخصوم فى صدد الخضوع الإرادى لولاية القضاء ، وضابط موقع المال المنقول . والتنازع المتحرك فى الإختصاص القضائى الدولى لا يثور إلا بشأن النوع الثانى. و مقتضاه أنه إذا تقرر الإختصاص

الدولى للمحاكم اليمينية بناء على أحد الضوابط القابلة للتغير جنسية المدعى عليه أو محل إقامته أو موقع المنقول ثم طراً على هذا الضابط تغيير بأن تجنس الخصم الوطنى المدعى عليه بجنسية دولة أجنبية. أو نقل المدعى عليه محل إقامته إلى الخارج ، أو تم نقل المنقول خارج الحدود الوطنية أثناء نظر الدعوى فهل يجب على القاضى اليمنى أن يتخلى عن نظر الدعوى باعتبار أن مبرر إختصاصه قد زال؟ أم لياخذ فى الاعتبار هذا التغير ويستمر فى نظر الدعوى حتى الفصل النهائى فيها.

ثانياً: حل المشكله والإختصاص بوقت رفع الدعوى.

والرأى الراجح أن العبرة بوقت رفع الدعوى .فالدعوى وسيلة الحماية القضائيه عند وقوع إعتداء على الحق أو المركز القانونى ، ومقتضى الاعتماد بضابط الإختصاص القائم وقت رفع الدعوى أن تغيير هذا الضابط بعد ذلك لا يترتب عليه تخلى المحاكم اليمنيه عن نظر الدعوى أو الحكم بعدم إختصاصها بل عليها الاتعد بأى تغيير يطرأ على ضابط الإختصاص ، ويتعين عليها السير فى الدعوى حتى الفصل فيها. ويبرر هذا الحل مقتضيات الأمان القانونى لاطراف الدعوى وكذا حسن أداء العدالة ، فلا مرأى إلى أن اشكمت التى قطعت شوطاً كبيراً فى تحقيق الدعوى وفحص الأدلة وسماع الشهود هي الأحق بتمام الفصل فيها ، وهذا يتضمن أيضاً تجنب أطراف الخصوم تحمل نفقات جديدة إذا رفعوا دعواهم أمام المحكمة التى يشبت لها الإختصاص بعد تغيير أو انتقال ضابط الإختصاص ، كما أن هذا الحل فيه حمايه للطرف الضعيف فى الدعوى ضد كيد الطرف الآخر الذى يكون قد لعب دوراً فى تغيير ضابط الإختصاص حتى يجلب الطرف الأول إلى محكمة بعيدة قد تضيق بالانتقال حالته الإجتماعية والإقتصادية . ويدعم هذا النظر القضاء والتشريع المقارن . ومن الجدير بالملاحظة أن هذا الحكم يسرى كذلك فى حالة الدعاوى المستعجله، فتوافر الإستعجال يعد شرط ابتداء وشرط بقاء للإختصاص .

الفرع الثاني

النظام العام الإجرائي ومدى تعلق قواعد

الإختصاص بالنظام العام

يطلق على النظام العام في صدد الإختصاص القضائي اصطلاح النظام العام الإجرائي تمييزاً له عن الدفع بالنظام العام الذي يستخدم كوسيلة فنية لاستبعاد القانوني الأجنبي الذي عينته قاعدة الأسناد الوطني. و النظام العام يهتم أكثر بالقاعدة القانونية التي تنظم الإختصاص الدولي للمحاكم الوطنية في المنازعات الخاصة الدولية. وبعد تحديد المراد بالنظام العام الإجرائي نعرض لمدى تعلق قواعد الإختصاص بالنظام العام، من خلال مناقشتنا للفروض والاتجاهات الثلاثة التالية.

أولاً، الاتجاه نحو اعتبار قواعد الإختصاص القضائي الدولي من النظام العام:

حور فكرة السيادة، يرى أنصار هذا الاتجاه أن قواعد الإختصاص تتعلق في مجموعها بالنظام العام. فهي قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها والخروج عليها.

وأساس هذا الرأي هو الربط بين فكرة السيادة وتنظيم القضاء في الدولة، وبالتالي فلا يجوز للأطراف سلب هذا الإختصاص وإخراج المنازعة من إختصاصه لصالح محكمة أجنبية. وهذا هو أيضاً مظهر من مظاهر فكرة النظام العام. ويدعم هذا الاتجاه صياغة النصوص المنظمة للإختصاص والتي تؤكد اتصالها بالنظام العام. حيث يبدأ النص بعبارته " تختص المحاكم اليمينية .. فهو لم يقل مثلاً يجوز رفع الدعوى أمام المحاكم اليمينية مما قد يوحي بإمكانية الخروج على قواعد الإختصاص باعتبارها قواعد مكملة.

ثانياً: الاتجاه نحو التفرقة بين الاختصاص الجوهري والجوازي .

مضمون الاتجاه وسنده: يرى أنصار هذا الاتجاه أن القواعد المنظمة للاختصاص لا تتعلق جميعها بالنظام العام . فهناك حالات الاختصاص الأصلي أو الجوهري كالاختصاص المبني على موطن أو محل إقامة المدعى عليه والاختصاص في مسائل الأموال والالتزامات والافلاس الذي أشهر في اليمن ، وكذا الاختصاص في مسائل الولاية على المال والارث والتركات والاجراءات الوقفية والتحفظية . وفي المقابل هناك حالات الاختصاص الجوازي كالاختصاص المبني على الخضوع الارادي والمبني على ضابط جنسية المدعى عليه ، والاختصاص الأصلي أو الجوهري أو الإلزامي ، و الاختصاص بالدعوى المرتبطة . و بناء على هذا التقسيم يخلص أنصار هذا الرأي إلى القول بأن قواعد الاختصاص الجوهري هي متعلقة بالنظام العام ، بمعنى أنه لا يجوز للأفراد أن يخرجوا عليها باتفاقهم . أما حالات الاختصاص الجوازي ففيها ثبت للمحاكم اليمنية ولاية الفصل في النزاع ولكنها ليست متعلقة بالنظام العام بالمعنى السابق . ويدعم هذا الرأي صياغة النصوص التشريعية أيضاً . فالقواعد المنظمة للاختصاص الجوهري تبدأ بكلمة تختص بينما تبدأ النصوص الخاصة بالاختصاص الجوازي بعبارة يجوز .

ثالثاً: المدرج في تعلق قواعد الاختصاص بالنظام العام:

وخلص مع الرأي الراجح إلى القول بأنه في الواقع تعتبر القواعد المنظمة للاختصاص القضائي الدولي قواعد آمرة ولكن تعلق تلك القواعد بالنظام العام ليس من درجة واحدة . فالقواعد التي يقصد من ورائها حسن إدارة القضاء وحماية السلام العام تتعلق بالنظام العام الأمر المطلق بدرجة وثيقة وبعد باطلاً كل اتفاق يتم بين الأطراف بقصد الخروج على تلك القواعد . ومن هذه القواعد تعلق الدعوى بمال موجود في اليمن أو مسائل الافلاس ومسائل الأسرة والاجراءات الوقفية والتحفظية ، وذلك لوجود رابطة قوية بين النزاع والاقليم اليمنى تبرر الاختصاص للمحاكم اليمنية وتجعل الحكم الصادر منها مكمول النتائج والآثار والتنفيذ . وهذا على عكس الحال في خصوص القواعد الأخرى ذات الطابع الأمر النسبي

والتي ترمي أساساً إلى التيسير على المتقاضين ورفع الحرج عنهم . فالرابطه فيها عادة ليست بنفس القدر كما هو شأن السابقة . من هذه القواعد الإختصاص المبني على الجنسية اليمنية للمدعى عليه أو على أساس قبول الخصوم ، والمسائل الأوليه والدعاوى المرتبطة عمومياً ، وكذا ضابط موطن أو محل إقامة المدعى عليه ومسائل الالتزامات التعاقدية . ولاشك أن هذا الحل لا يتعارض مع روح النصوص فمن شأن ملائمة ظروف ومصالح التجارة الدوليّه طالما أن هذا لا يتعارض مع قواعد النظام العام الأمر المطلق أو تفرضها قواعد البوليس والأمن المدني . ولا أدل على ذلك الاعتراف بالتحكيم في سائر قوانين الاستثمار .

المبحث الثاني

ضوابط انتفاء الولاية عن القضاء اليمني في المنازعات الخاصة الدولية.

تنسفي الولاية عن القضاء اليمني بنظر المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي بالرغم من توافر أحد أو بعض ضوابط ثبوت الولاية لهذا القضاء متى كان هناك أحد الضوابط النافية لها، وتمثل هذه الأخيره أربعة ضوابط وهي على النحو التالي:

الضابط الأول: تعلق الدعوى بعقار كان خارج اليمن.

الضابط الثاني: تعلق الدعوى بإجراءاته وقتية أو تحفظية يراعى اتخاذها خارج اليمن.

الضابط الثالث: الدفع بالإحالة لقيام طابع الدعوى أمام محكمة أجنبية.

الضابط الرابع: الدفع بعدم قبول الدعوى لتعلقها بالصانحة القضائية.

الضابط الأول: تعلق الدعوى بعقار كان خارج اليمن.

* تقرير الاستثناء ومضمونه :

تقرر كل من المادة (78: 79) السالف دراستهما استثناء مشتركاً على اختصاص المحاكم اليمنية المبني على الجنسية اليمنية للمدعى عليه وفقاً للمادة (78). أو القائم على توطن المدعى عليه الأجنبي أو إقامته في اليمن وفقاً للمادة (79). ومقتضى هذا الاستثناء المشترك انتفاء الولاية عن القضاء اليمني متى كانت الدعوى مطروحة أمامه دعوى عقارية متعلقة بعقار كان خارج اليمن. وهذه القاعدة مسلم بها في مختلف بلدان العالم.

وبيان أحكام هذا المعيار يقتضى منا الحديث فى ثلاث مسائل : أولها لتحديد أساس المعيار أو الحكمة من تقريره، وتختص الثانية بتحديد مجال أو نطاق المعيار بالنظر إلى موضوع الدعوى ، أما المسألة الثالثة فهى خاصة بتحديد مجال هذا المعيار بالنظر إلى ضوابط ثبوت الولاية التى يؤدى توافره إلى تعطيل إعمالها . وتتناول هذه المسائل تباعاً فيما يلى من قول.

أولاً: أساس المعيار أو المحكمة في تقريره.

يجمع الفقه أن الاستثناء الذي يشكل المعيار محل الحديث يعد استجابة من المشرع للاعتبارات العملية التالية:

1- إن قضاء بلد موقع العقار هو بحكم قربه منه أقدر الاقضية على حسن تحقيق الدعاوى المتعلقة به وبالتالي على الفصل فيها، كما أن العقار هو جزء من إقليم الدولة وإن إقليم الدولة هو مسقط سيادتها مما يتعين على القضاء اليمنى أن يقضى بانتفاء ولايته حتى وإن وجد اتفاق على قبول الخضوع لسلطانه.

2- إن إختصاص محكمة دولة العقار يعد أمراً متفق عليه في الأنظمة القانونية الوضعية المعاصرة لالتك الحكمة من سلطة فعلية على العقار الكائن في إقليمها، خاصة وإن تلك الدعاوى المتعلقة بعقار قد تتطلب القيام بإجراءات معاينة وانتقال لايقدر على تنفيذها سوى محكمة موطن العقار .

ثانياً: مبدأ القوة و المعالية للأحكام الدولية: إن من المبادئ المسيطرة على نظرية الإختصاص في القانون القضائي الخاص الدولي بل وعليه بأكمله مبدأ القوة والفعالية التي ينبغي أن تنسم بها الأحكام الدولية . فلو لم يقرر المقتن اليمنى هذا الإستثناء ، فمعنى ذلك أنه سوف يصدر حكماً مجرداً من كل قيمة فعلية في مواجهة دولة الموقع التي يراد تنفيذ الحكم فيها.

ثالثاً: تحديد مجال أو نطاق المعيار والنظر إلى موضوع الدعوى.

يتعلق هذا المعيار أو الإستثناء بالدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج. ومن الواضح أن الدعاوى العقارية ليست نوعاً واحداً بل يمكن التفرقة بين أنواع ثلاثة من الدعاوى:

1- الدعوى العينية العقارية. التي يرفعها صاحب حق عيني على عقار بقصد تأكيد أو تثبيت حقه العيني هذا ، أو نفى وجود مثل هذا الحق للغير كدعوى إستحقاق العقار أو دعوى تقرير حق النفع أو ارتفاق على عقار أو كدعوى الحيازه.

2- الدعوى الشخصية العقارية. وهي التي تستند إلى حق شخصي متعلق بعقار. ومثالها الدعوى التي يرفعها المشتري بعقد غير مسجل ويطلب فيها الحكم على البائع لصحة التعاقد وإعتبار الحكم نافلاً للملكية من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى.

3- الدعوى العقارية المختلطة. وهي تسمى كذلك لأنها تستند إلى حقين أحدهما شخصي والآخر عيني . ومن أمثلتها كذلك الدعوى التي يرفعها المشتري بعقد مسجل يطلب فيها تسليم العقار المبيع إليه ، ومن أمثلتها كذلك الدعوى التي يرفعها بائع العقار بعقد لم يتم تسجيله بعد ليطالب فيها بفسخ العقد واسترداد المبيع أو ليطالب فيها بالتزام المشتري بأداء ثمن المبيع.

وهذه الأنواع الثلاثة تخرج من مجال إختصاص القضاء اليمني وتدخل في نطاق الاستثناء أو المعيار محل الحديث.

أما غير الدعوى العقارية فلا تخرج من مجال ولاية القضاء اليمني وبالتالي تخرج من مجال المعيار أو الاستثناء محل الحديث حتى وإن تعلقت الدعوى بعقار كائن في الخارج. من ذلك.

الدعوى الشخصية المنقولة ومن أمثلتها دعوى مؤجر العقار لسداد الأجرة أو دعوى المستأجر مطالباً فيها بتسليم العين المؤجرة، والدعوى التي تطلب الأذن لولى أو لقاصر يبيع عقار يملكه هذا الأخير كائن خارج اليمن ، إذ لا يلزم بالضرورة أن يجرى تنفيذ الحكم الصادر في شأن معظمها في بلد موقع العقار الذي يتعلق به. وبالرغم من وجود الخلاف الفقهي في

الدعاوى الشخصية المنقولة⁽¹²⁾ ورغم تأييدنا للرأى الذى يخرج هذه الدعاوى من المعيار محل الحديث وبيقيها للمحاكم اليمنية، فإننا نرى أنه إذا تحقق للقضاء اليمنى أنها لن تكون أقدر على الفصل فى هذه الدعاوى نظراً لكون الدولة التى بها المنقول تنص على استثناء محاكمها بالدعاوى المتعلقة به، أو إذا تراءى لها أن الحكم الصادر من محاكمها لن يتحقق له فرصة التنفيذ فى دولة المنقول نظراً للمعاملة القانونية المتميزة التى يخضع لها المنقول ، كالسفن مثلاً ، فإنه من الأفضل للمحكمة اليمنية أن تحكم بعدم اختصاصها ولو كان المدعى عليه يمينياً أو أجنبياً متوطناً أو مقيماً فى اليمن.

رابعاً: تحديد مجال أو نطاق المعيار بالنظر إلى ضوابط ثبوت الولاية.

إن أساس معيار تعلق الدعوى بعقار كائن خارج اليمن ليس من شأنه حصر مجال أعماله فى حدود الدعاوى العقارية ، فهو من ناحية يسمح بأن يدخل فى مجال أعماله بعض الدعاوى غير العقارية مما يقتضى تحقيقه إجراء معاينة للعقار الذى يتعلق فيها بطرد المستأجر لا استعماله للعين المؤجرة على نحو يضر بها .

كما أنه من ناحية أخرى يقضى من مجال أعمال ذلك المعيار بعض الدعاوى العقارية مما لا يقتضى تحقيقه إجراء معاينة للعقار الذى تتعلق به كدعوى بطلان أو فسخ أو صورية عقد بيع عقار كائن فى الخارج .

وأخيراً يلاحظ أن أعمال هذا المعيار ليس قولاً مطلقاً. ذلك أن بعض معايير اثبات الولاية للقضاء اليمنى يتعين تحريرها من هذا المعيار أو الاستثناء. وتتمثل هذه المعايير بالمعيار الخاص بمسائل الإرث ودعاويه أو تعلق الدعوى بعقار كائن فى إقليم الدولة اليمنية. ومرجع إخراج هذه المعايير من مجال أعمال معيار نفى الولاية محل الحديث لما تقوم عليه من اعتبارات ، كما أن

(12) الغرض منها حماية مال منقول أو استرداده لدعوى تعويض عن تلافى منقول أو حماية مال منقول مثل ملكية سيارة وتخضع المحكمة موطن المدعى عليه .

رعايه السياده الاقليمية لدولة القاضي حيث يتعلق الدعوى بعقار كانن في اليمن وبعقار آخر كانن في دولة اجنبية أولى بالاعتبار من رعاية السياده الاقليمية للدولة الأجنبية.

الضابط الثاني: يتعلق الدعوى بإجراء وقفي أو تحفظي يراد إتخاذهما خارج اليمن.

وتنفي كذلك ولاية الفصل في الدعوى ذات الطابع الدولي عن القضاء اليمني حيث تكون الدعوى متعلقه بإجراء وقفي أو تحفظي ، بما في ذلك التنفيذ الجبري التي يراد إتخاذها خارج اليمن ، ويقوم هذا المعيار على نفس الأسس التي بني عليها هذا المعيار لثبوت الولاية للقضاء اليمني عند أن يراد إتخاذها في الأقليم اليمني⁽¹³⁾ حتى وإن كانت ولاية القضاء اليمني ثابتة للفصل في الدعوى في أصل الحق .فلا ولاية للقضاء اليمني بالأمر مثلاً في المسائل الآتية- نظراً لم تفرضه الحاجات الملحة التي تتطلب السرعة وصيانة السلام العام فيها، ومبدأ الفاعلية في تنفيذ الأحكام وإحترام السياده الاقليمية للدولة وكون القضاء الاجنبي أقدر الأفضيه للفصل في هذه المسائل- من ذلك.

- 1- بيع بضاعة يخشى عليها من التلف أو بأثبات حالة عين متغيرة المعالم إذا كانت تلك البضائع أو العين كائنة بدولة أجنبية.
- 2- تقرير نفقه وقيمة إذا لم يوجد للمحكوم عليه مال قابل للتنفيذ عليه في اليمن
- 3- صحة تنفيذ جبري يجري خارج اليمن أو دعوى صحة الحجز في مال للسجين الغير أو المنازعة في صحة هذه الإجراءات .
- 4- دعاوى التعويض التي يكون منها المنازعة في صحة إجراءات التنفيذ وحالة غياب المدعى عليه، المقررة في مادة (83) مرافعات .

(13) أنظر آنفاً.

الضابط الثالث: الدفع بالأحالة لقيام ذات الدعوى أمام محكمة أجنبية.

* وضع المسألة في قانون المرافعات: تنص المادة (181) على أنه يسقط الحق في الدفع بعدم الاختصاص المكان وفي الدفع بيطلان الاعلان أو الاستدعاء، و في الدفع بطلب إحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام نفس النزاع أمامها أو الارتباط بدعوى أخرى مرفوعة أمامها، وكذلك سائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات إذا لم تبد جميعها أو ما يراد ابتداءه منها دفعة واحدة قبل الدخول في موضوع النزاع .. وقد حرص المقتن على ألا توجد أكثر من محكمة مختصة بذات الدعوى ومن هنا فإنه يجوز الدفع أمام المحكمة التي رفعت إليها الدعوى متأخراً بطلب إحالة القضية إلى المحكمة التي رفعت إليها الدعوى أولاً . وقد قصد من وراء هذا النص تحقيق هدفين :-

أولاً: هو مراعاة مصلحة الخصوم وتجنبهم طول الإجراءات القضائية وتعددتها وما يستتبعه ذلك من نفقات قد تضيق بها ظروف الخصوم الاقتصادية أو المادية.

ثانياً، هو مراعاة حسن أداء القضاء وعدم انقمار كاهل المحاكم بنظر ذات القضية من جانب أكثر من محكمة مما يجعل معه امكانية صدور أحكام متعارضة في ذات النزاع مما يمس في النهاية سمعة القضاء وهيئته هذا في نطاق الاختصاص الداخلي وينطبق نفس الحكم في الاختصاص الدولي.

ثالثاً: شروط قبول الدفع بالإحالة:

الشرط الأول : وحاة الادعاء والمطالبة القضائية

ومقتضى ذلك أنه يجب أن تكون الدعوى التي رفعت أولاً هي ذاتها التي رفعت متأخراً ، وأن يكون هناك وحدة من حيث الأطراف والسبب . والموضوع.

الشرط الثاني: قيام توازي الادعاء أمام القضاء الوطني والأجنبي.

فيجب أن تكون الدعوى قائمة فعلاً أمام محكمة أجنبية فلا يقبل الدفع بالإحالة إذا كانت الدعوى الأولى قد انتهت بصدر حكم فيها . أو أن المحكمه قد تخلت عن نظرها لعدم اختصاصها أو كانت الخصومة قد انتهت بسقوطها أو بتركها .
الشرط الثالث: إزدواجية اختصاص القضاء الوطني والأجنبي.

وهذا هو أهم الشروط ومقتضاه أن يكون كلا المحكمتين مختصة بنظر الدعوى ، ويرى البعض أن القاضى الذى يدفع أمامه بالإحالة القانونية هو الذى يحدد اختصاصه بالرجوع إلى قواعده المنظمة لحالات الإختصاص . والراجح تطبيق قواعد الإختصاص التى تعمل فى ظلها المحكمة الأجنبية التى رفعت إليها الدعوى أولاً لتحديد مدى إختصاصها . وهذا الحكم يدعم القواعد المنظمة لتنفيذ الأحكام الأجنبية التى يلزم القاضى بالرجوع إلى قانون الدولة التى أصدرت الحكم لتبين مدى اختصاص قضاء تلك الدولة، ومع ذلك فلا يستبعد كل تدخل لقانون القاضى التى رفعت إليه الدعوى مؤخراً للتأكد من جدية الرابطة بين النزاع والمحكمة التى رفعت إليها الدعوى أولاً.

الشرط الرابع : أن يكون الحكم الذى سيصدر من المحكمة الأجنبية قابل للاعتراف به فى اليمن أى غير مخالف للنظام العام.

يجب أن تكون الإجراءات فيها من الضمانات الكافية والجدية ما يؤدي إلى حماية الخصوم مع ملاحظة رفض الدفع بالإحالة فى الدعاوى المستعجلة لأنها تمنح إختصاصاً مانعاً للمحاكم اليمنية وتتعلق بالنظام العام.

الضابط الرابع: الدفع بعدم قبول الدعوى لتعلقها بالحصانة القضائية.

أولاً، التكييف الإجرائي للدفع بالحصانة القضائية وأساسه القانوني

1- الإتجاه نحو تبني فكرة انتهاء ولاية القضاء أو عدم الإختصاص :

أ- فكرة انتهاء الولاية: يقصد بالتكييف الإجرائي للدفع بالحصانة تحديد النظام القانوني لهذا الدفع من جهة نظر قواعد المرافعات المدنية. هل يتعلق الأمر بشبوت الإختصاص من عدمه أم هو مجرد دفع من نوع آخر . ففي نظر جانب من الفقه يعتبر الدفع بالحصانة القضائية أمراً متعلقاً بولاية القضاء اليمنى برمته ، فمقتضى نظام الحصانة القضائية يخرج من يتمتعون بما عن حدود ولاية القضاء الوطنى ولا يجوز اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبرى فى مواجهتهم . ونعلم أن الكلام عن ولاية القضاء ككل فى مواجهة ولاية قضاء الدول الأخرى يعنى رسم حدود سلطان قضاء الدولة اليمنية إزاء قضاء الدول الأخرى . فالحصانة القضائية تتعلق برسم حدود سلطان القضاء الوطنى، وهذا المعنى يمكن القول بأن القضاء اليمنى ككل لا ولاية له إزاء القضايا التى يكون المدعى عليهم فيها ممن يتمتعون بالحصانة القضائية.

ب- فكرة عدم الإختصاص والدفع بالحصانه.

الإتجاه الأول: وهذا الإتجاه يرى أن فكرة الحصانه لا تمس ولاية القضاء الوطنى وإنما يتعلق الأمر بدائرة أقل من فكرة الولاية. فالأمر يقتصر على نوع من عدم الإختصاص لعدم تعلق الحصانه القضائية بولاية القضاء، وإسنادها إلى فكرة عدم الإختصاص من شأنه إفساح الطريق أمام المدعى لإقامة دعوى أما قضاء الدولة الأجنبية التى ينتمى إليها من يتمتع بالحصانه، فإذا خشي المدعى عدم حيده قضاء الدولة الأجنبية، فيستطيع أن يلجأ إلى حكومته لتتدخل لدى الدولة التى يتمتع بالحصانه أو التى ينتمى إليها المتمتع بالحصانه سواء عن طريق الحماية الدبلوماسية أو عن طريق قضاء دولى كمحاكم التحكيم ومكحمة العدل الدوليه. ويمكن تكييف عدم الإختصاص هذا بأنه عدم إختصاص نوعي . أي أن عدم إختصاص المحاكم

الوطني بالدعوى التي ترفع على من يتمتع بالحصانة يرجع على طبيعة الرابطة القانونية محل النزاع فكل دعوى يكون موضوعها عمل من أعمال السلطة العامة أو عمل لازم للوظيفة وخصاص برئيس دولة أو ممثل دبلوماسي أو عضو منظمة تعتبر دعوى غير داخلية في اختصاص اشكالم الوطنية.

* الإقضاء الراجع وفكرة محم القبول.

فالدفع بعدم القبول في نظر هذا الرأي هو التكييف السليم في شأن الحصانة ، والدفع بعدم القبول موجه أصلاً إلى وسيلة الحماية القضائية الدعوى ، فهو ينصب على شروط قبول الدعوى القضائية و بالنظر إلى شروطها نرى أن شرط الصفة يتخلف في خصوص الحصانة القضائية والشخص المتمتع بالحصانة لا تتوفر فيه الصفة التي تبرر رفع الدعوى عليه.

فالمرجع عليه الدعوى لا يوجد الحق في الدعوى في مواجهة. وانتفاء الصفة في الدعوى يؤدي كما هو مستقر في فقه قانون المرافعات إلى عدم القبول . فالحكمة التي ترفع إليها الدعوى تحكم بعدم قبولها ، تأسيساً على أن المدعى عليه لا تتوفر فيه الصفة . ويؤيد الفقه والقضاء الحديث هذا التكييف للدفع بالحصانة ، والدفع بعدم القبول يجوز أبدأه في أية حالة كانت عليها الدعوى ، وعلى المحكمة أيضاً أن تقضي بعدم قبول الدعوى من تلقاء نفسها.

2- الأساس القانوني للدفع بالحصانة: هناك من الفقه من يرى أن الأساس القانوني للدفع بالحصانة هو فكرة الإستقلال والمساواة في السيادة لكل دولة في مواجهة الدول الأخرى إذ لا يسوغ لدولة أن تنصب نفسها قاضياً على غيرها من الدول ، ورأي آخر يرى أن الحصانة القضائية تستند إلى مبدأ من المبادئ القانونية الدولية العام وهو فكرة الجملة الدولية، مقتضاها أن يكون من غير الملائم حفاظاً على توطيد روابط السلام والتعاون بين الدول تكليف من يتمتع بالحصانة بالمثل أمام القضاء الوطني أو إتخاذ التنفيذ الجبري في مواجهته. لكن الرأي الراجح يميل إلى الأخذ بفكرة الضرورات العملية والتعايش المشترك وتمكين من يتمتع بالحصانة من أداء وظيفته وتندم إقامته عن القيام بمهمته على خير وجه، في جو من الطمأنينة

بعيداً عن المؤثرات في الدولة المعتمد لديها، كما هو شأن الممثلين الدبلوماسيين والقنصليين والمنظمات الدولية وموظفيها أو ملوك ورؤساء الدول الأجنبية أو الأشخاص الاعتبارية العامة.

ثانياً: نطاق الحصانة القضائية.

أ- الأشخاص الاعتبارية الدولية والمشروعات العامة الدولية.

* الدول الأجنبية: ويشمل الدول غير المعترف بها على غرار الاعتراف بالقوانين الصادرة منها في الراجع . وكذا المشروعات العامة والوحدات الإقليمية داخل الدولة في كل حالة يثبت فيها أنها لا تملك شخصية قانونية مستقلة وبالتالي يشكل جهازاً من أجهزة الدولة، وأنها تعمل لأمر وحساب الدولة التي أنشأها .

* المنظمات الدولية. وما يتبعها من منظمات متخصصة : الأولى: كهيئة الأمم المتحدة، والثانية: كمنظمة العمل والصحة والأغذية والتربية الدولية ، أو اقليمية كما هو معروف بجامعة الدول العربية.

ب- أعضاء الأشخاص الاعتبارية الدولية.

* رؤساء الدول.

* الممثلون الدبلوماسيون.

* أعضاء المنظمات الدولية.

2- النطاق الموضوعي للحصانة.

أ- الحصانة بين الاطلاق والتقييد، ساد حتى آخر القرن التاسع عشر مبدأ الحصانة المطلقة بحيث تمتد إلى كل التصرفات والأعمال التي يأتيها أصحاب الحصانة أيا كان تكييفها القانوني سواء تعلقت بالوظيفة أم خارجه عنها كالأعمال المتعلقة بحياتهم الخاصة.

وفي العصر الحديث ظهر مبدأ الحصانة المقيدة أو النفسية أي عدم شمول الحصانة لكل الأعمال والتصرفات التي يأتيها المتمتع بالحصانة بحيث ألا تشمل الحصانة إلا جوانب الأنشطة

التي تمارسها تلك الأشخاص باعتبارها من أشخاص القانون العام . وهو معيار وظيفي وبالتالي تنحسر الحصانة عن كافة التصرفات التي يجريها في نطاق النشاط الأقتصادي بقصد تحقيق الربح. أما إذا تعلق النشاط بالعمل الدبلوماسي أو بمرفق الدفاع والأمن فإن الحصانة تشمل هذا النشاط العام. ولاشك أن تكييف العمل أو النشاط الذي يمارسه من يتمتع بالحصانة شخص دولي يخضع لقانون القاضي.

ب- زوال الحصانة:

تزول الحصانة بواحد من الأسباب التالية:

1- زوال الصفة للمتمتع بالحصانة .

2- التنازل عن الحصانة

الفصل الثاني

الأثار الدولية للأحكام والسندات الأجنبية

تمهيد وتقسيم:

أولاً: الحكم القضائي وأثاره والنتيجة الطبيعية للخصومة:

لاشك أن الحصول على الحماية القضائية ، للحق أو المركز القانوني الذي يتولد عن العلاقات الخاصة الدولية ، لا يتأتى إلا من خلال تدرج المراحل التي تمارسها قواعد القانون الدولي الخاص عموماً و قواعد الاختصاص القضائي الدولي خصوصاً ، وقد مضت الإشارة إلى أن الدعوى القضائية هي الوسيلة الفنية التي يطلب بها تلك الحماية.

والنتيجة الطبيعية للسير في الدعوى وتحقيقها هو الوصول إلى نهايتها والفصل فيها بإصدار حكم في الموضوع . ويترتب على صدور الحكم عدة آثار بالغة الأهمية ، الأثر الأول، فهو تقرير الحماية القضائية للحق أو المركز القانوني الذي كان محلاً للزاع بتأكيد وجوده، وكذلك تقويته ، الأمر الثاني ، فهو حجية الحكم الصادر . فالحكم القضائي يعتبر حجة بما فصل فيه. و حجية الحكم بهذا المفهوم تتنوع إلى حجية الأمر المقضى به ، والحجبة الثبوتية للحكم.

ثانياً: الإمبرافهم بأثار الحكم الأجنبي: فلو تعلق الأمر بحكم أجنبي يراد الاحتجاج به في خارج الدولة التي صدر باسمها ، فإن النظام القانوني لهذه الآثار والاعتراف به، تحكمه اعتبارات واقعية خاصة . فالحكم الأجنبي كان مجرداً وفق تعاليم المدرسة التقليدية من كل قيمة وأثر خارج حدود الدولة التي صدر عن محاكمها . فالحكم يصدر عن محكمة أجنبية ، وهو بذلك يعتبر أمراً صادراً عن سلطة ذات سيادة . ولا ينتج الأمر الصادر عن سيادة أجنبية أثراً خارج الحدود التي تمارس فيها تلك السيادة. وإذا كان هذا النظام قد ساد لمدة قرنين من الزمن في بعض التشريعات المقارنة ، إلا أنه قد هجر تحت ضغط الحاجات الملحة للعلاقات

الخاصة الدولية والتي تنمو وتزدهر عبر الحدود. وبالتالي أضحى الاعتراف بالآثار الدولية للأحكام ضرورة واقعية وقانونية ودولية .

والنظام القانوني للاعتراف بالآثار الدولية للأحكام يقتضى منا معالجه أهم الأثرين للأحكام القضائية ، وهما القوة التنفيذية ، وحجية تلك الأحكام وذلك على النحو التالى:

المبحث الأول

القوة التنفيذية للأحكام والسندات الأجنبية

* إشكالية وضرورة تنفيذ الحكم الأجنبي، مما لاشك فيه أن الحكم القضائي ينفذ دون صعوبة ، داخل الدولة التي صدر عن محاكمها . وتكمن قوة التنفيذ في السلطة المخولة للقاضي الذى أصدره بمقتضى القانون ، دون تطلب أى إجراء شكلى . بيد أنه إذا أريد تنفيذ الحكم خارج دولته ، فإن الأمر مختلف . فهل يكون له ذات القوة التنفيذية التي يتمتع بها في هذه الأخيرة ، أم يتجرد منها؟

من المعلوم أن إنكار القوة التنفيذية للحكم الأجنبي يشكل عائقاً كئوداً في سبيل تيسير انتقال الأفراد والسلع والخدمات عبر الحدود ، ويسمح لكل مدين بالتفصل من التزاماته ، فيكفيه إذا حكم عليه في الخارج أن يعود إلى بلده ليفلت من تنفيذ الحكم الصادر ضده. ومن هنا كانت ضرورة البحث عن السبل القانونية الكفيلة بتنفيذ الحكم القضائي خارج الدولة التي صدر فيها.

وتنفيذ الأحكام الأجنبية ، وتقرير القوة التنفيذية لها يقتضى منا أولاً: أن نعرف الحكم الأجنبي المراد تنفيذه ، ثم نحدد الوسيلة الفنية لطلب الأمر بالتنفيذ ، وكذلك بيان سلطة المحكمة التي يطلب منها الأمر بالتنفيذ ، وأخيراً بيان الحكم في دعوى طلب الأمر بالتنفيذ ، ومدى الأمر بتنفيذ الأحكام المستعجلة. ونعرض لهذه المشكلات في أربعة مطالب:

المطلب الأول : ماهية الحكم الأجنبي القابل للتنفيذ .

المطلب الثاني: الإجراءات القضائية للأمر بالتنفيذ .

المطلب الثالث: الفصل في دعوى الأمر بالتنفيذ .

المطلب الرابع : تنفيذ الأحكام الأجنبية المستعجلة.

المطلب الأول

ماهية الحكم الأجنبي القابل للتنفيذ

أولاً ، ماهية الحكم الأجنبي ومفهوماته وأنواعه : المقصود بالحكم الأجنبي الحكم .
عن هيئة قضائية باسم سلطات دولة أجنبية وذلك بغض النظر عن مكان صدور الحكم .

والحكم الذي يبحث عن إمكانية تنفيذه خارج الدولة التي صدر عنها، لا بد أن تتوفر فيه عدة مقومات أولية:

1- أن يكون الحكم قضائياً قطعياً ونهائياً.

المراد بالحكم القضائي الأجنبي ، فالحكم بمعناه الفني والاصطلاحي هو القرار القضائي الذي يصدر من محكمة بخصه ص دعوى معينة . والحكم القضائي بهذا المفهوم ينصرف إلى كافة القرارات التي تصدر سواء أكانت فاصلة في موضوع الدعوى أم غير فاصلة فيه . و المراد بالحكم القضائي ، الأجنبي هنا، في صدد الاعتراف به وتنفيذه ، الحكم القطعي ، أي الذي يحسم موضوع النزاع كله أو بعضاً منه.

وعليه فلا إعتبار للأحكام الأجنبية غير القطعية التي تصدر في مسألة متفرعة عن النزاع ، كالحكم الصادر في دفع بطلان صحيفة الدعوى ، والحكم في جواز الإثبات بطريق معين من

طرق الإثبات ، والحكم بندب خبير أو الإنتقال للمعاينه . والعلة في اشتراط كون الحكم قطعياً هو أن الأحكام القطعية فقط هي التي تحوز حجية الأمر المقضى به ، فلا يجوز للمحكمة التي أصدرتها أن تعدل عنها ، كما لا يجوز لمحكمة أخرى إعادة الفصل فيما فصلت فيه هذه الأحكام . وسوف نرى فيما بعد أنه يلزم في الحكم الأجنبي فوق ذلك أن يكون فائياً حائزاً قوة الأمر المقضى به .

2- أنواع الأحكام القضائية:

* **أحكام الزامية:** وفي معظم الأحوال يكون الحكم الأجنبي المراد شموله بأمر التنفيذ هو حكم الزام المدعى عليه بأداء معين يقبل التنفيذ الجبرى.

* **أحكام تقريرية:** وقد يكون الحكم الأجنبي هو حكماً تقريرياً يقتصر على تأكيد وجود الحق أو المركز القانونى وإزالة الشك القائم حول هذا الوجود ، كالحكم في دعوى إثبات الجنسية ، والحكم في دعوى براءة الذمة ، والحكم في دعوى تقرير براءة شرعية.

* **أحكام إنشائية:** وأخيراً قد يكون الحكم الأجنبي حكماً منشئاً كالحكم بإبطال عقد أو فسخه والحكم بشهر إفلاس التاجر المتوقف عن دفع ديونه التجارية .

ومن الجدير بالملاحظة أنه قلما يكون الحكم الأجنبي المقرر والمنشى محلاً لدعوى الأمر بالتنفيذ ، لأن الحكم المنشى مثلاً يقرر حقاً إرادياً . والحماية القضائية تتحقق بمجرد صدور الحكم ، ويقال هنا أن الحكم المنشى لا يصح أن يكون سناً تنفيذياً.

وإذا كان هذا صحيحاً في نطاق المرافعات المدنية الداخلية ، إلا أنه لا يمكن التسليم به في نطاق المرافعات المدنية الدولية . وقواعد الإختصاص الدولى . فسواء تعلق الأمر بحكم الإنزام أو بحكم تقريرى أو بحكم منشئ ، فإنه يلزم للإعتراف به و تنفيذه الحصول على الأمر بالتنفيذ وفق الإجراءات القانونية المنصوص عليها في قانون الدولة التي يراد الإحتجاج به فيها .

وهذا التحديد لمفهوم الحكم القضائي الأجنبي ، من شأنه أن يثير التساؤل حول مشكلتين :

* المشكلة الأولى: الأعمال الولائية الأجنبية،

طالما أن العمل الولائي يتصل بحالة الاستعجال فليس حكماً بالمعنى الفني لهذا الإصطلاح ، وإنما هو قرار يصدر من القاضي بناء على طلب ذي المصلحة ، وموضوعه ليس فصلاً في موضوع نزاع ، إنما هو الإذن للطالب يتخاذ إجراء معين كالأذن للوصي بالقيام بتصرف قانوني نيابة عن القاصر ، وكذلك أعمال التعيين ، كتعيين خبير أو قيم أو وصي أو عزههم . وكذلك أعمال التوثيق كإثبات إقرار ذي الشأن ، وإثبات الصلح ، وإعلان حدوث الوفاة ، وكذلك الأوامر على عرائض كالأمر بحجز منقولات المستأجر حتى يدفع إجرة العين المؤجرة .

وقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن الأعمال الولائية لا تدخل في نطاق مشكلة الأمر بالتنفيذ. فموضوع القرار الولائي ليس الفصل في نزاع حول حق أو مركز قانوني ذي طابع دولي ، ومن غير المتصور طلب الأمر بتنفيذها . فهي تختلف عن الأحكام القضائية بالمعنى الفني ، ونحن نرى مع الفقه الراجح إن هذه الوجهة من النظر غير صائبة . فطبيعة العمل الولائي تؤكد حاجته إلى الأمر بالتنفيذ كون العمل الولائي أو الرجائي هو إحدى صور النشاط القضائي وله صبغة قضائية . فهو يصدر عن قاض ، ولايهم بعد ذلك أن يصدر دون وجود منازع حقيقية بين طرفين أو وجود علاقة قانونية سابقة . بل إن الأعمال الولائية يمكن أن تخضع لطرق خاصة للطعن كالنظام في خصوص الأوامر على عرائض وهي أوضح صور الأعمال الولائية⁽¹⁴⁾

وحيث أن العمل الولائي يصدر عن محكمة أجنبية ، فلا بد للإعتراف به من أمر بالتنفيذ الذي يعتبر ، بالنسبة لكافة الأعمال القضائية الأجنبية تأشيرة دخول ، أو الضوء الأخضر الذي بمقتضاه يمكن لهذه الأعمال أن تسري ، أو يعترف بها ، في النظام القانوني الوطني . بل إن

(14) انظر مادة 242 مرافعات بمبي

انصار الاتجاه الأول مالبثوا أن عدلوا عن رأيهم إلى استلزام شمول العمل الولائي الأجنبي بأمر التنفيذ ، إذا كان يتضمن ضرورة إتخاذ أعمال مادية أو تنفيذية . والسلطات العامة في دولة التنفيذ لا يمكن أن توضع في خدمة أو أمر صادرة عن سيادة دولة أجنبية . فلا بد ، إذن من الأمر بالتنفيذ حتى يمكن الاستعانة بتلك السلطات ، في القيام بالأعمال التنفيذية ، التي يقتضيها العمل أو القرار الولائي . ويؤيد هذا الاتجاه الراجح القوانين الوطنية والإنفاقيات الدولية .

* المشكلة الثابتة: قرارات التحكيم الأجنبية :

لقد أصبح التحكيم في العصر الحديث من أهم وسائل تسوية المنازعات التي تنشأ بين أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص على السواء . وتزداد أهمية التحكيم في مجال المنازعات الخاصة الدولية لاسيما المتعلق منها بمنازعات التجارة الدولية ، والاستثمارات الأجنبية ويغور التساؤل عن طبيعة قرارات التحكيم وهل لا بد للإعتراف بها خارج الدولة التي صدرت فيها من شمولها بأمر التنفيذ، مع مراعاة أن البحث في طبيعة قرار التحكيم يقتضي بحث طبيعة نظام التحكيم ذاته كوسيلة لفض المنازعات الخاصة الدولية . وفي هذا الصدد يمكن القول بأن التحكيم نوع من القضاء ذو طبيعة خاصة . والمقنن الداخلي في كل دول العالم يعترف بنظام التحكيم ويضع أحكامه، بل تسعى الدول إلى إبرام الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم وتنفيذ القرارات التحكيمية . وقرارات التحكيم تعتبر قرارات قضائية أو أحكام قضائية في قانون التحكيم اليمني رقم (22) لسنة 1992 و قانون المرافعات الجديد رقم (4) 2002م وتخضع في تنفيذها لنفس الشروط التي يلتزم بها المقنن لتنفيذ الأحكام الأجنبية .

1- طبيعة الأحكام القضائية الأجنبية :

يذهب جانب من الفقه إلى خروج القرارات السياسية من نظام الأمر بالتنفيذ حتى من نطاق تنازع القوانين . حيث أن نظام الأمر بالتنفيذ لا يطبق إلا على الأحكام والأعمال القضائية ، فلا تخضع للأمر بالتنفيذ الأعمال أو القرارات السياسية الأجنبية حتى ولو تعلقت بمواد قضائية ، فهي اقليمية التطبيق ولا يمتد الإحتجاج بها خارج الدولة التي أصدرت

فيها، ويذهب الرأي الراجح إلى القول بأن العبرة تكمن في الطبيعة القضائية للحكم المراد تنفيذه في دولة التنفيذ، فالعبرة في جميع الحالات السابقة، بصدور الحكم القضائي من هيئة مختصة لها ولاية تنفيذ حكم بالتطبيق أو بالانفصال الجسماني حتى ولو كان صادراً من هيئة إدارية أو دينية أجنبية. فالعبرة بالطبيعة القضائية للحكم أو العمل المطلوب الأمر بتنفيذه لابلجهة التي صدر عنها .

ثانياً: أن يكون الحكم القضائي ذو طبيعة أجنبية.

1- أهمية الصفة الأجنبية للحكم القضائي:

فالصفة الأجنبية من أهم الأسس لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص عموماً . فالقانون الدولي الخاص هو قانون العلاقات والروابط الخاصة الدولية . ووجود علاقة أو رابطة ذات طابع دولي أو أجنبي يعد السبب المنشئ لعلم القانون الدولي الخاص . فتتطرق العناصر الأجنبي أو الصفة الأجنبية لعلاقة أو عمل معين يؤهله للدخول في نطاق هذا العلم ،سواء تعلق الأمر بتنازع القوانين أو بتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، وطالما كانت نظرية الأحكام تحتل مركزاً ملموساً في المرافعات المدنية الداخلية ، فمن الطبيعي أن تلق ذات الأهمية في مجال المرافعات المدنية الدولية، إذا توافر الشرط الضروري لميلاد أى مشكلة يهتم بها القانون الدولي الخاص ، وهو وجود الصفة الدولية أو العنصر الأجنبي . فإذا أمكن وصف الحكم بأنه أجنبي أنتقل بذلك إلى نطاق المرافعات المدنية الدولية كشق إجراءات لقواعد القانون الدولي الخاص . فمتى يعتبر الحكم أجنبياً؟

2- معيار تحديد الصفة الأجنبية للحكم القضائي:

أ- معيار مكان إصدار الحكم : نستطيع القول بأن الحكم يكتسب الصفة الأجنبية إذا كان قد صدر في بلد أجنبي بالنسبة للقاضي الذي ينظر دعوى الأمر بالتنفيذ. وبناء على هذا المعيار : أى محل إصدار الحكم تعتبر الأحكام الصادرة من المحاكم القنصلية والتي لها سلطة

القضاء في الدولة المعتمدة لديها ، والتي تعمل ضمن السلطات الدبلوماسية والقنصلية في الخارج ، أحكاماً أجنبية ، إذ هي صادرة خارج الحدود الإقليمية ، للدولة القاضي . ويمكن أن يدعم هذا المعيار ، ما هو متبع في شأن ضابط التفرقة بين قرار التحكيم الوطني وقرار التحكيم الأجنبي . فالقرار يعتبر أجنبياً بالنسبة للمحكمة التي تنظر في طلب الأمر بتنفيذه إذا صدر في دولة أجنبية بالنسبة لها ، فقرار التحكيم الذي يصدر في فرنسا يكون بالنسبة للمحاكم اليمينية أجنبياً .

ب- المعيار الراجع : صدور الحكم باسم سيادة دولة أجنبية :

إن القضاء في القانون المقارن لم يأخذ بمعيار مكان صدور الحكم كونه لا يخلو من مثالب ، فالعبرة في إعتبار الحكم أجنبياً من عدمه ليس بمكان إصداره وإنما بكونه صادراً عن سلطة مختصة باسم سيادة دولة أجنبية ، فالحكم لا يعتبر أجنبياً بالنسبة لقاضي الأمر بالتنفيذ ، حتى ولو كان قد صدر في دولة أجنبية طالما قد أعلن وصدر باسم الدولة التي ينتمي إليها .

وبناءً على هذا المعيار قضت المحاكم الفرنسية بأن الأحكام الصادرة من المحاكم القنصلية الفرنسية الكائنة في البلاد التي كانت تتمتع فيها فرنسا بنظام الإمتيازات الأجنبية ، لا تعتبر أحكامها أجنبية يلزم بالإعتراف بها الأمر بالتنفيذ ، بل تعتبر أحكاماً وطنية إذ هي تصدر باسم السيادة الفرنسية ولو كانت صادرة في الخارج ، كما أن معيار صدور الحكم هو أيضاً معيار غير ملائم حتى في خصوص الصفة الأجنبية لقرارات التحكيم ، فاختيار مكان إجراء التحكيم يعتمد إلى حد كبير على إرادة الأطراف ويتغير بتعديل تلك الإرادة ، كما يخضع لاعتبارات الملائمة ولا يستند إلى ضابط موضوعي . فالعبرة في دولية التحكيم هو بما يتضمنه من عناصر خارجية ، وكذلك بما هية القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم .

ثالثاً، أن يكون الحكم القضائي الأجنبي في منازعة خاصة دولية،

1- لاقتم قواعد القانون الدولي الخاص ، سواء ماتعلق منها بتنازع القوانين أو ماكان منها خاصاً بتنازع الإختصاص القضائي إلا بالمنازعات الناشئة بين الأفراد العاديين أو بينهم وبين أحد الأشخاص العامة ، فالعبرة بالطبيعة الخاصة للنزاع الذي فصل فيه الحكم الأجنبي طالما كانت تتعلق بأحدى العلاقات التي ينظمها القانون الخاص ، والقواعد المنظمة لآثار الأحكام الأجنبية لا تتعامل إلا مع الأحكام الصادرة في منازعات خاصة دولية ، أى منازعة مما ينطبق بشأنها قواعد القانون الخاص .

فكأن العبره هنا طبيعة الحكم الصادر ،هل يفصل في مسألة ينظمها أحد فروع القانون الخاص أم لا . ولايهم بعد ذلك نوع المحكمة التي أصدرته . فيمكن تنفيذ حكم يفصل في منازعة مدنية أو تجارية حتى ولو كانت المحكمة أو الهيئة القضائية التي أصدرته هي محكمة جنائية أو إدارية.ففي شأن الجرائم التي ترتكب فيالخارج ، ينشأ عن الفعل الإجرامي دعوى جنائية يجاورها أحياناً دعوى التعويض المدنية هي محكمة جنائية ، فلا مانع ، من الاعتراف بفعالية الحكم الصادر في خصوص هذه الدعوى ، و شموله بأمر التنفيذ. و كذلك فإن الحكم بالغرامه المدنيه الذي يصدر عن المحاكم المدنيه في دوله أجنبية لا يمكن الأمر بتنفيذه ، لما للحكم بالغرامه من طبيعة عقابية ظاهرة. و الناظر في المعاهدات الدوليہ المتعلقة بالاعتراف بالأحكام الأجنبيہ و تنفيذها يدرك أنها تحصر نطاقها الموضوعي في الاحكام الفاصله في المنازعات المدنية و التجارية و مسائل الأحوال الشخصية ، أو في مجال التعويض عن الأضرار و رد الأموال و لو صدرت عن محاكم جنائية أو إدارية.

وهو ماأخذت به معاهدةه الرياض العربية للتعاون القضائي العام 1983م (25م/ب) ، .

2- مدى إمكانية الاحتراز بالأحكام الجنائية والإدارية وتنفيذهما :

إذ كان الأصل أن علاقات القانون العام تخرج من نطاق القانون الدولي الخاص فإن الأحكام الجنائية والإدارية والضريبية لا يعترف بها في خارج الدولة التي أصدرت فيها، إلا أنه يمكن أن يعترف بتلك الأحكام إذا كانت هناك إتفاقيات ثنائية أو دولية تفرض مثل هذا الاعتراف ، سواء من حيث تنفيذها بالمعنى الفني أو من حيث أخذ تلك الأحكام في الاعتبار . وتؤكد الدراسات الحديثة إمكانية الاعتراف بالأحكام الجنائية الأجنبية من قبل القاضى الوطنى ، لاسيما في خصوص الدعاوى المدنية الناشئة عن جريمة ارتكبت في الخارج.

فإذا كان القاضى بصدد حكم قضائى أجنبى صادر في منازعة خاصة دولية بالمعنى السابق ، فإن الاعتراف به وتنفيذه في نطاق النظام القانونى الوطنى ، لا يشير إشكالاً ، شريطة أن تتبع الإجراءات التى وضعها القانون فى هذا الخصوص وهو مانع من له فى المبحث التالى :-

المطلب الثاني

الإجراءات القضائية للأمر بالتنفيذ للحكم الأجنبي

تمهيد:

أولاً: انفصال سلطة القضاء عن سلطة التنفيذ في شأن الأحكام الأجنبية:

عندما يصدر الحكم القضائي مقررًا للحماية القضائية تظل هذه الحماية عديمة الجدوى شأنها في ذلك شأن " الحماية القانونية" التي يستعملها الحق أو المركز القانوني من القاعدة القانونية التي تقر وجوده. وحتى تتحول إلى حماية حقيقة فعلية يتطابق فيها المركز القانوني لمن صدر الحكم لصالحه مع المركز الواقعي ، لابد من توجيه الأمر إلى عمال السلطة العامة لوضع الحكم الصادر موضع التنفيذ.

ولا توجد صعوبته تذكر في تنفيذ الحكم الوطني فسلطة القضاء وسلطة التنفيذ تخضعان لذات السيادة. فإذا تطرق إلى الحكم الصفة الأجنبية انفصلت سلطة القضاء عن سلطة التنفيذ إذا أريد التنفيذ في دولة أخرى غير تلك التي صدر فيها الحكم. فالحكم يصدر باسم سيادة دولة أجنبية ، وسلطة التنفيذ تعمل باسم سيادة دولة أخرى ، وهذا هو لب المشكلة.

فهل لعمال السلطة التنفيذية أن يخضعوا في خصوص عملهم ، والخاص بتنفيذ الأحكام ، لأوامر مقنن أجنبي أو قاض أجنبي صدر عنه الحكم المطلوب تنفيذه؟ وسنقف على الأجابة من خلال عرضنا للفقرة التالية:

ثانياً: ضرورة تذليل العقبات الإجرائية التي تعوق تنفيذ الأحكام الأجنبية

لقد أضحى من الواضح أن الوضع الحالي للمجتمع الدولي، الذي تغيب فيه السلطة العالمية، وما يستتبعه ذلك من انفراد كل مقنن بتنظيم مشكلات تنازع الاختصاص القضائي

الدولى ، لا يسمح بأن تخضع سلطة عامة وطنية إدارية أو قضائية لغير القواعد التي يضعها مقنن الدولة التي تتبعها . ويبنى على هذا أن الحكم الأجنبي تتوقف آثاره عند حدود الدولة التي صدر باسمها ، فلا يمكن تنفيذه في دولة أجنبية .

والقول بهذا الحل يؤدي بالضرورة إلى اضطراب وعرقلة إزدهار العلاقات الخاصة الدولية. ومن هنا أتجه واضعو القانون في الدول المختلفة إلى تنظيم الاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها ، بما يحفظ من جهة تطور العلاقات للأشخاص الخاصة في المجتمع الدولي ، وسيادة الدولة محل التنفيذ من جهة أخرى . وهذا هو طريق الأمر بالتنفيذ . فما هي إجراءاته ؟ والأجابة تقتضى منا كما هو شأن قواعد الإختصاص دراسة المراحل الثلاث ، موضوع دعوى الأمر بالتنفيذ و الإختصاص القضائي لدعوى الأمر بالتنفيذ ، وإجراءات خصومة الأمر بالتنفيذ.

الفرع الأول

موضوع دعوى أو طلب الأمر بالتنفيذ للحكم الأجنبي

أولاً، موضوع الدعوى أو طلب الأمر بين الحق الموضوعي والحكم الأجنبي،

وحيث أن الأمر بالتنفيذ يتم عن طريق رفع دعوى أو طلب الأمر. فهل يكون موضوع دعوى طلب الأمر بالتنفيذ هو ذات موضوع الدعوى القضائية العادية؟

في الإجابة عن هذا التساؤل يمكننا التمييز بين اتجاهين سائدين في مختلف النظم القانونية:

الإتجاه الأول، موضوع الدعوى هو الحق أو المركز القانوني:

1- نظام الدعوى الجديدة، يذهب هذا الإتجاه إلى القول: إن القرار الذي يجب تنفيذه دائماً لا يمكن أن يكون قراراً صادراً من محكمة أجنبية، وإنما هو القرار الذي يصدره القاضي الوطني. فمن يريد تنفيذ حكم أجنبي خارج حدود الدولة التي أصدر عنها فإن الدعوى التي يطلب بها التنفيذ لا يكون موضوعها الحكم الأجنبي ذاته، وإنما الحق أو المركز القانوني الدولي محل النزاع، والذي قرر وجوده أو أنشأه الحكم الأجنبي.

إن من يدعى حقاً قبل آخر ومعه حكم أجنبي في صالحه، عليه أن يرفع دعوى جديدة أمام القضاء في الدولة المراد إتخاذ إجراءات التنفيذ بها. ويكون بمكنة المدعى أو المحكوم له أن يقدم الحكم الأجنبي كدليل في الدعوى. ويتعلق الأمر هنا بدليل أو قرينه بسيطة تقبل إثبات العكس، فيكون لمن صدر الحكم في غير صالحه أن يعترض على الحكم بغية الغائه ونقض ما جاء به. ولما كانت ممكنة إثبات عكس ما جاء بالحكم قائمة بلا اعتراض عليه، فقد يترتب على ذلك فحص موضوع النزاع من جديد.

2- القيمة الحقيقية للحكم الأجنبي في الدعوى الجديدة،

ولكن ماهو المركز القانوني الحقيقي للحكم الأجنبي في الدعوى الجديدة؟ طالما أن موضوع دعوى طلب الأمر بالتنفيذ هو تقرير الحماية القضائية للحق المتنازع عليه ، فإن الحكم الأجنبي هو السبب القانوني لهذه الدعوى ، ويمكن تبرير ذلك بأن السبب في الدعوى الأصلية التي صدر فيها الحكم الأجنبي ، وهو مجموعة الوقائع أو الظروف الواقعية أساس الدعوى وسبب الحق في طلب الحماية القضائية ، قد ذاب في الحكم الصادر . فلا يجب الرجوع إلى السبب الأصلي في الدعوى التي صدر فيها الحكم المراد الاحتجاج به ، وإنما يمكن فقط الاستناد إلى هذا الحكم كسبب للدعوى أمام القاضي الوطني.

3- النظم الأجنبي أمرية ونظام الدعوى الجديدة: الناظر في النظم الأجنبي أمريكية يدرك أنها تتبنى نظام الدعوى الجديدة، حيث يلاحظ أن التنفيذ الجبري للحكم الأجنبي غير ممكن في القانون الإنجليزي ، فهو يجهل نظام دعوى الأمر بالتنفيذ . فإذا صدر حكم من محكمة أجنبية لصالح أحد الخصوم ضد الطرف الآخر ، وكان يقتضي إتخاذ أعمال تنفيذية في إنجلترا لم يكن لمن صدر الحكم لصالحه أن يطلب أمام القضاء الإنجليزي الأمر بالتنفيذ الجبري للحكم ، وإنما عليه أن يرفع دعوى جديدة ومبتدأة يكون سببها القانوني أو أساسها هو الحكم الأجنبي ذاته .

وإذا كان القضاء الإنجليزي قد ظل رتخاً من الزمن ينظر إلى الحكم الأجنبي كسبب للدعوى وكدليل بسيط يقبل الدليل العكس إلا أنه بدأ يتغير من موقفه ويعتبر الحكم الأجنبي كدليل حاسم أو قاطع في إثبات حق الخصم الذي يستند إليه ، فلايستطيع من صدر في غير صالحه أن يثبت عكس ما جاء به ، حتى ولو كان الحكم معيباً من حيث تطبيق القانون أو من حيث الوقائع التي بني عليها .

كما يعرف القانون الإنجليزي نظاماً آخر : بمقتضاه يلجأ المدعى إلى رفع دعوى مبتدأة يستند فيها لا إلى الحكم الأجنبي وإنما إلى حقه أو مركزه القانوني ، الذي كان محلاً لطلب

الحماية القضائية في الدعوى الأولى التي صدر فيها الحكم الأجنبي . وإذا كان هذا الحل غير مقبول في النظام الإجرائي الداخلي في القانون الإنجليزي حيث لا يجوز رفع دعوى سبق الفصل فيها بحكم في الموضوع ، إذ أن سبب الدعوى يندمج في الحكم ، فهو لا يسري في مجال المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي . فصدور الحكم الأجنبي في دعوى معينة لا يؤدي إلى فناء سببها الأصلي ، حيث بالإمكان تجديد الدعوى و رفعها ابتداء أمام القضاء الإنجليزي . ويلاحظ في القانون الأمريكي أن إجراءات التنفيذ الجبري للحكم الأجنبي تقوم على أسس قريبة مما هو معروف في القانون الإنجليزي .

الإتجاه الثاني : موضوع الدعوى هو الحكم الأجنبي : " نظام الأمر بالتنفيذ

"

1- مضمون هذا الإتجاه :

يسود هذا النظام في القوانين التي تأثرت بالقانون الفرنسي وبه تأثر المقنن اليمني . وفي ظل هذا النظام يكون موضوع أو طلب دعوى الأمر بالتنفيذ الحكم الأجنبي ذاته بطلب الأمر بتنفيذه وشموله بالصيغة التنفيذية⁰ فموضوع الدعوى أو الطلب ليس الحصول على حكم يفصل في موضوع النزاع ، كما هو الوضع العادي للدعوى القضائية عموماً⁰ فموضوع الدعوى أو الطلب هنا ذو طبيعة خاصة هو القرار الذي يطلب بشأنه أمر التنفيذ، وليس النزاع الخاضع للقاضي الأجنبي . فالحكم الأجنبي يصدر باسم سيادة دولة أجنبية، وتنفيذه جبرياً خارج حدود تلك الدولة أمر غير ميسور⁰ فالتنفيذ الجبري يقتضي تدخل عمال السلطة العامة بناء على أمر قضائي . وطالما أن المسألة تتعلق بحكم أجنبي فإنه لا يمكن للسلطة التنفيذية أن تخضع لأوامر سلطة قضائية أجنبية ويلزم لتنفيذ الحكم الأجنبي داخل النظام القانوني الوطني توجيه الأمر من القاضي الوطني، ووضع الصيغة التنفيذية على صورة الحكم الأجنبي، دون التطرق إلى مراجعة هذا الحكم أو إعادة النظر في موضوع النزاع من جديد.

ومن الواضح أن الأمر بالتنفيذ بهذا المعنى يوفق بين إعتبرات احترام السيادة الإقليمية للدولة التنفيذ، وإعتبرات الاحترام الواجب للأحكام القضائية الأجنبية 0

ثانياً: تجنيس الحكم الأجنبي. ويذهب جانب من الفقه إلى أن الأمر بالتنفيذ يشبه إلى حد كبير "التجنس" بالنسبة للأجانب في خصوص قانون الجنسية 0 فالأجنبي لا يتجنس بالجنسية الوطنية إلا إذا استوفى الشروط القانونية وكان جديراً بان يصبح وطنياً 0 وينطبق نفس الحل بالنسبة لتنفيذ الأحكام الأجنبية، فهي لا تنفذ في إقليم دولة القاضي إلا إذا كانت جديراً بان تتساوى مع الأحكام الوطنية، ويؤكد هذه الجدارة الأمر بالتنفيذ 0

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى أن فكرة تشبيه الأمر بالتنفيذ بالتجنس بالنسبة للأجنبي هي فكرة غير دقيقة 0 فالصفة الأجنبية للحكم لا يمكن إزالتها بالأمر بالتنفيذ 0 ولكن مفهوم الأمر بالتنفيذ هو تبني أو استقبال الحل الذي قرره الحكم الأجنبي وتضمينه في حكم وطني جديد ذو مضمون مماثل 0 فحجية الأمر المقضي به و القوة التنفيذية تمنح للأحكام الوطنية وليس للأحكام الأجنبية المشمولة بأمر التنفيذ 0

الاتجاه الثالث: بقاء الحكم الأجنبي موضوع دعوى أو طلب الأمر بالتنفيذ مع احتفاظه بصفته الأجنبية: ونحن نرى مع الفقه الراجح أن كلا الرأيين السابقين يكتنفهما جانب من الخطأ فالحكم المطلوب الأمر بتنفيذه هو حكم أجنبي وشموله بأمر التنفيذ لا يزيل عنه هذا الوصف 0 فهو يصدر باسم دولة أجنبية، وهذا واقع لا يمكن إنكاره 0 ثم إن الأمر بالتنفيذ لا يعنى - كما يذهب الاتجاه الثاني - أن هناك حكماً جديداً ذو مضمون مطابق قد صدر من القاضي الوطني، وعليه فالحكم الأجنبي يظل هو الحكم الذي قرر فعلاً الحماية القضائية، للتحق أو المركز القانوني المتولد عن العلاقة ذات الطابع الدولي 0 وحيث أنه صدر باسم دولة أجنبية، فإن مبدأ الاحترام المتبادل لسيادة كل دولة واستقلالها يستلزم ألا يسرى هذا الحكم في النظام القانوني الوطني إلا بتأشيرة أو تصريح منه 0 والأمر بالتنفيذ هو هذه التأشيرة التي تعطى للحكم فرصة إنتاج آثاره في خارج حدود الدولة التي صدر عنها 0 فالحكم الأجنبي لا ينقلب إلى حكم

وطني ، ولا يتعلق الأمر ، فوق ذلك ، بحكم جديد مضمونه مماثل للحكم الأجنبي⁰ ومما يدعم هذا النظر ، أن الحكم الأجنبي ، محل دعوى أو طلب الأمر بالتنفيذ ، يظل هو الأساس الذي يقوم عليه الحكم الوطني الصادر في دعوى الأمر بالتنفيذ أو الأمر على العريضة ، فإذا صدر هذا الحكم أو الأمر الوطني مانحاً أمر التنفيذ ، ثم ألغى أو أبطل الحكم الأجنبي محل دعوى الأمر بالتنفيذ ، قبل إجراء التنفيذ ، صار ذلك الحكم أو الأمر الوطني لاغياً بالتبعية وهذا ما أقرته محكمة النقض الفرنسية في أحكام حديثة لها ⁰

فاذا أنهينا إلى أن موضوع دعوى أو طلب الأمر بالتنفيذ هو الحكم الأجنبي المراد تنفيذه ، فما هي المحكمة التي تختص بنظر هذه الدعوى أو الطلب ؟

الفرع الثاني

الإختصاص القضائي بدعوى أو طلب الأمر بالتنفيذ للحكم الأجنبي

أولاً: الوضع في القانون المقارن:

تجعل بعض النظم القانونية الناشر بالتنفيذ على قرار التحكيم في خصوص إجراءات الأمر بالتنفيذ ، من اختصاص موظف إداري ، وهناك من النظم القانونية ما يجعل الاختصاص لجهة قضاء الإدارة ، وليس القضاء العادي ، من ذلك النظام القانوني في المملكة العربية السعودية .

ثانياً: الوضع في القانون اليمني:

تنص المادة (492) من قانون المرافعات اليمني كون تنفيذ السند التنفيذي الأجنبي في اليمن وفق لأحكام هذا القانون بناءً على طلب يرفع إلى المحكمة المختصة بالتنفيذ . و يبدو من

هذا النص أن نظر طلب الأمر بالتنفيذ هو من إختصاص المحكمة التي سيجرى التنفيذ في دائرتها ،
أى لا تختص بذلك جهة إدارية ، وإنما جهة قضائية.

وإختصاص المحكمة التي سيجرى التنفيذ في دائرتها ثابت أياً كانت درجة المحكمة التي
أصدرت الحكم الأجنبي ، وأياً كانت طبيعة المنازعة التي فصل فيها هذا الأخير ، مدنية أم
تجارية.

والناظر في القانون اليمنى نجد أنه يسوى بين الأحكام القضائية وقرارات التحكيم في
إجراءات التنفيذ وشروط منح الأمر بالتنفيذ في الجهة المختصة ، حيث تنص المادة(494)
يشترط لتنفيذ السند التنفيذي الأجنبي⁽¹⁵⁾ ما يلي...

4- أن يكون السند التنفيذ صادراً من محكمة أو هيئة قضائية مختصة ، كما تنص المادة(88)
أنه " لايجوز تنفيذ سند تنفيذى أجنبي مالم يكن مقيداً في السندات التنفيذية المنصوص عليها في
هذا القانون .

وقد رأينا بخصوص الأحكام القضائية الأجنبية ، أن الأمر بتنفيذها يكون من إختصاص المحكمة
التي يراد التنفيذ في دائرتها . ولكن في خصوص تنفيذ قرارات التحكيم ، جعل طلب الأمر
بتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة وفقاً لقانون التحكيم اليمنى رقم (225) لسنة 1992م المادة
(58) من ذلك القانون كالمحكمة الاستئناف أو من تنيبه بتنفيذ أحكام التحكيم.

(15) جعل المقتن عبارة السندات التنفيذية الأجنبية شاملة للأحكام وأحكام التحكيم و السندات التنفيذية الأجنبية.

الفرع الثالث

إجراءات خصومة الأمر بالتنفيذ

أولاً، رفع الدعوى أو طلب الأمر بالتنفيذ :

تنص المادة (492) مرافعات على أن يكون تنفيذ السند التنفيذي الأجنبي في اليمن وفقاً لأحكام هذا القانون بناءً على طلب يرفع إلى المحكمة المختصة بالتنفيذ، ويتضح من هذا النص أن الأمر بالتنفيذ يطلب ليس عن طريق الوسيلة الفنية الرئيسية لطلب الحماية بوجه عام ، وهي الدعوى القضائية ، و في ظل المادة (492) من قانون المرافعات يمكن تصور ثلاث اتجاهات:

الأول: الاتجاه نحو حماية التكليف بالحضور :

يذهب جانب من الفقه إلى رفع دعوى ترفع " بطريق التكليف بالحضور أمام المحكمة " التي يراد التنفيذ في دائرتها.

الثاني: الاتجاه في القانون اليمني رفع طلب إلى المحكمة المختصة بالتنفيذ .:

ونحن نرى أن رفع الدعوى بطريق التكليف بالحضور هو إستثناء غير معمول به في ظل المادة (69) من قانون المرافعات الجديد ، والتي تقضي بأن يكون تنفيذ السند التنفيذي الأجنبي في اليمن وفقاً لأحكام هذا القانون بناءً على طلب يرفع إلى المحكمة المختصة، بالتنفيذ و يتم ذلك بتكليف عريضة من جانب من صدر الحكم الأجنبي لصالحه أو من يبوب عنه أو من له مصلحة في إثبات سلامة الحكم من الناحية الدولية مثلاً . ويجب أن تشمل على البيانات التي نصت عليها المادة (350) مرافعات ثم يجب بعد ذلك أن يودع الطلب للمحكمة المختصة بالتنفيذ.

ومن الجدير بالمطرح إمكانية الطلب العارض للأمر بالتنفيذ: إذا كانت الدعوى التي ترفع إستقلالاً هي أصلاً الوسيلة التي يطلب بها الأمر بالتنفيذ ، إلا أنه من المستقر فقها وقضاء أن الأمر بالتنفيذ يمكن التقدم به كطلب عارض أثناء خصومة قائمة بالفعل أمام القضاء.

مع ملاحظة أن طلب الأمر بالتنفيذ هنا يجب أن يقدم فقط أمام محكمة أول درجة ، فلا يقبل أمام محكمة الاستئناف أو محكمة ثان درجة ، وذلك حتى لا يجرم الخصم من إحدى درجتي القاضى.

كما يجب أن تتوفر شروط الإختصاص للمحكمة التي تنظر دعوى أو طلب الأمر بالتنفيذ بالطلب العارض بالأمر بالتنفيذ كما هو الشأن بخصوص إختصاص المحاكم اليمينية بالطلبات العارضة عموماً طبقاً للمادة (82) مرافعات .

فإذا رفعت الدعوى أو طلب الأمر بالإجراءات القانونية على النحو السابق بيانه ترتب على ذلك السير فيها أو نشوء خصومة بشأن طلب الأمر بالتنفيذ .

ثانياً: القانون الذي يخضع له تحقيق الخصومة في طلب الأمر بالتنفيذ ودور القاضى والخصوم:

1- خصوص تحقيق الخصومة لقانون القاضى، من الثابت أن تحقيق الخصومة يتناول بحث نطاق دعوى أو طلب الأمر بالتنفيذ ، ومركز القاضى والخصومة أثناء سيرها وصولاً إلى الحكم فيها . وتخضع إجراءات تحقيق الخصومة للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون القاضى الذى ينظر دعوى الأمر بالتنفيذ ، عملاً بنص المادة (33) من القانون المدنى ، التي تتضمن قاعدة إسناد إجرائية مقتضاها " يرجح في قواعد الإختصاص والمسائل الخاصة بالإجراءات القضائية إلى قانون البلد الذى ترفع فيه الدعوى.

2- دور القاضي والتزاماته في تحقيق الخصومة: فالقاضي ملزم بتطبيق القانون على الحالة المعروضة، وحيث أن الأمر يتعلق بأمر التنفيذ، فهو يطبق قواعد القانون الدولي الخاص المتعلقة بقواعد الاختصاص القضائي الدولي والتي تنظم تنفيذ الأحكام الأجنبية.

وقد بينا فيما تقدم أن موضوع دعوى أو طلب الأمر بالتنفيذ ليس هو طلب الحماية القضائية للحق أو المركز القانوني، وإنما هو طلب تنفيذ الحكم الأجنبي ذاته الذي سبق أن قرر تلك الحماية. ودور القاضي يجب أن يتحدد في ضوء هذا المفهوم، ويترتب على ذلك التزامات القاضي بمايلي:

أ- يجب على القاضي أن يرفض الطلبات العارضة، سواء قدمت من جانب المدعى وهي ما تسمى بالطلبات الإضافية أو قدمت من جانب المدعى عليه وهي ما تسمى بالطلبات المقابلة، وهذا مايسير عليه قضاء الموضوع ويعتقه الفقه في معظم الدول.

وإذا كان الظاهر من هذا الرفض هو الحرص على عدم تعديل مضمون الحكم الأجنبي أو المساس به، إلا أننا نرى، مع ذلك، أن القاضي المختص يمكنه أن يقبل الطلبات العارضة المقدمة من الخصوم أحدهما أو كلاهما، إذا كانت هناك صلة بين موضوع الطلب وموضوع الدعوى الأصلية التي فصل فيها الحكم الأجنبي المراد تنفيذه.

ومما يدعم ويرر هذا الحل أن دعوى أو طلب الأمر بالتنفيذ تهدف إلى وضع الحماية القضائية المقررة بالحكم الأجنبي موضوع التنفيذ الفعلي. فإذا فصل قاضي التنفيذ في طلب مرتبط فهو في الواقع يقرر حماية قضائية مؤسسة على الحماية الأولى ومكملة لها. كما أن هذا الحل يؤدي إلى تفادي تعدد الدعاوى بخصوص ذات النزاع، وتحاشي كثرة النفقات. وتيسير انتقال الأفراد والسلع والخدمات، وقد قضت بعض أحكام القضاء الفرنسي بقبول الطلبات الإضافية والمقابلة الخاصة بالتعويض عن الإجراءات التعسفية. وفي جميع الأحوال، لا ينبغي على القاضي المساس بمضمون الحكم الأجنبي، أو مراجعة ما قضى به، أو أن يدخل محله حكماً وطنياً.

ب- على القاضى أن يلتزم بموضوع الدعوى أو الطلب وتطبيق القاعدة القانونية المختصة ،
وهى فى صدد الأمر بالتنفيذ المادة (494) من قانون المرافعات التى تحدد شروط تنفيذ
الأحكام والسندات الأجنبية .

وعلى القاضى كذلك أن يتأكد من تلقاء نفسه من توافر هذه الشروط ، وأن يعمل على
التطبيق السليم لنص المادة (494) مرافعات . فإذا توافرت الشروط المطلوبة كان له أن يمنح
الأمر بالتنفيذ ، وإذا لم تتوافر ، فله أن يرفض شمول الحكم بأمر التنفيذ .

3- أطراف الخصومة وطورها ، أما عن دور الخصوم فى دعوى أو طلب الأمر بالتنفيذ ،
فهم نفس الخصوم فى الدعوى الأصلية التى فصل فيها الحكم الأجنبى . فلا يقبل التدخل
الإختصاصى أو الإلتزامى ، كما لا يمكن إدخال الغير سواء بناء على طلب الخصم أو بأمر
المحكمة . وعلى المدعى ، فى دعوى أو طلب الأمر بالتنفيذ ، أن يقدم طلباً صريحاً بالأمر
بالتنفيذ ويرفق به صورة الحكم .

وعادة يكون المدعى ، فى دعوى الأمر بالتنفيذ ، هو من صدر الحكم لصالحه ، وهنا
يكون على المدعى المحكوم له أن يبرهن على توافر كل شروط الأمر بالتنفيذ . فإذا كان القانون
اليمنى يشترط صدور الحكم أو الأمر من محكمة مختصة دولياً وفقاً لقواعد الإختصاص
للمحكمة التى أصدرت الحكم ، وصدر الحكم مثلاً فى دعوى ميراث على أساس إختصاص
محكمة محل بدء تقسيم التركة ، فعلى المدعى أن يؤكد أن المورث قد توفى فى بلد المحكمة التى
أصدرت الحكم أو كان بها آخر موطن للمتوفى .

وإذا كان الأصل ، والغالب عملاً ، أن يكون المدعى ، فى دعوى الأمر بالتنفيذ ، هو من
صدر الحكم لصالحه . إلا أنه من المتصور ، مع ذلك ، أن يكون المدعى شخصاً آخر غيره .

فطالما تتوفر شروط المصلحة فى رفع دعوى الأمر بالتنفيذ ، أمكن قبولها ، ويحدث هذا عادة ،
إن كان موضوع الدعوى لا يخرج عن كونه الحكم الأجنبى ذاته ، والتأكد من توافر شروط

صحته من الناحية الدولية ، أو المنازعة في توفر تلك الشروط . من ذلك ، أن ترفع الدعوى من أحد المدعين ، المحكوم ضدهم بالحكم المطلوب الأمر بتنفيذه ، ليحصل على حكم برفض الأمر بالتنفيذ ، يستطيع الإحتجاج به في مواجهة المدعين الآخرين .

ولما كان لكل من القاضى والخصوم دور في تحقيق الدعوى أو الطلب ، فهذا الدور يظل قائماً في خصوص الإثبات .

ثالثاً: الإثبات في الدعوى أو طلب الأمر بالتنفيذ .

1- أهمية الإثبات ومحلها: ينصب الإثبات عموماً على الواقعة القانونية المنشئة للحق أو المركز القانونى محل النزاع . فمن يطالب بنصيبه في تركة عليه أن يقيم الدليل على واقعة الوفاة ، التي يترتب عليها إنتقال حقوق المتوفى إلى الورثة، وأن يثبت درجة القرابة المؤهلة للإرث ، وكذلك من يطالب آخر بدين ، عليه أن يثبت الفعل الضار أو العقد مصدر هذا الدين.

فهل يصلح الإثبات بهذا المعنى في خصوص دعوى الأمر بالتنفيذ؟

ولعل الإجابة بالسلب هي الأقرب إلى الصواب فقد بينا فيما تقدم إلى أن موضوع دعوى أو طلب الأمر بالتنفيذ هو الحكم الأجنبى ذاته وطلب شموله بأمر التنفيذ . فالقاضى لا ينظر دعوى مبتدأة ولا يتعرض لوقائع الدعوى التي صدر فيها الحكم الأجنبى ومن ثم فالإثبات لا ينصب على الوقائع القانونية ، بل على توافر الشروط اللازمة لتنفيذ هذا الحكم.

وعليه فقد ينازع المدعى عليه أو المحكوم ضده في سلامة الحكم ، فيثور التساؤل عن الخصم الذى يتحمل أو يقع عل عاتقه عبء إثبات توافر هذه الشروط هو مانع عن له في الفقره التالية.

2- من يقع عليه عبء الإثبات :

أ - عبء الإثبات يقع على عاتق المصالح المدعى : ويرر إجمالى هذا الإتجاه رأيهم بأن الحكم الأجنبى يصلح لأن يكون أساسا لمراكز واقعية ، وبالتالي فانحاكم الوطنية لا بد أن تأخذه فى الاعتبار ، بل إنه يمكن أن يقلب القاعدة العامة فى عبء الإثبات ويجعله على عاتق المدعى عليه الذى يلتزم بإثبات عكس ماجاء بالحكم الأجنبى أو بعدم توافر شروط الأمر بتنفيذه.

ب- عبء الإثبات يقع على عاتق المدعى المصالح له : ويرى جانب آخر من الفقه العودة إلى القاعدة الأصلية فى قانون الإثبات وهو أن عبء الإثبات يكون على المدعى . ويترتب على ذلك أن على المدعى فى دعوى الأمر بالتنفيذ أن يثبت أن الحكم محل الدعوى أو طلب الأمر تتوافر فيه كل الشروط اللازمة لصحته من الناحية الدولية. وهذا الإتجاه هو السائد فى النظم الأنجلو أمريكية . فعلى إثبات توافر شروط التنفيذ يقع على عاتق الطرف الذى يسعى إلى تنفيذ ذلك الحكم .

ج- الرأى الراجع حول حور القاضى فى الإثبات: والرأىان السابقان يعيب حجتيهما ، الإنطلاق من نقطة بداية خاطئة أن الأمر يتعلق بالإثبات أمام القضاء ، وبالتالي يجب تحديد من يقع عليه عبء الإثبات ، فإن لم يكن المدعى عليه فهو بالضرورة المدعى فى الدعوى

ولكن الواقع غير ذلك . فموضوع دعوى أو طلب الأمر بالتنفيذ يختلف تماماً عن موضوع أية دعوى عادية ترفع بقصد الحصول على الحماية القضائية. ومن هنا يتأثر الإثبات أيضاً بخصوصية سلامة الحكم الأجنبى ومدى توافر الشروط التى يحددها قانون القاضى الذى ينظر الدعوى أو طلب الأمر.

وحيث أن الهدف من وضع شروط تنفيذ الحكم الأجنبى هو حماية النظام القانونى والمصالح الأساسية لدولة القاضى فإن الأمر يهم بالدرجة الأولى القاضى الذى ينظر دعوى أو

طلب الأمر بالتنفيذ ، مما يتوجب على القاضى أن يثبت من تلقاء نفسه من توافر تلك الشروط . فإذا ما ساوره شك حول سلامة الحكم المطلوب الأمر بتنفيذه ، أو عدم توافر أحد الشروط التى وضعها القانون ، كان له أن يطلب من الطرفين ، أحدهما أو كلاهما ، حسب ما يراه ملائما ، إثبات سلامة الحكم . فسلامة الحكم ومدى ملائمة تنفيذه داخل حدود دولة القاضى أمر لا يفترض ، بل على القاضى أن يتحرى ذلك ، وهو فى هذا السبيل يستطيع أن يستعين بالخصوص لتقديم المعلومات والدلائل اللازمة ، بل إن إتفاق هؤلاء على إعفائه من هذا العبء ، أو سكوتهم عن التمسك أمامه بعدم صحة الحكم لا يزيل عن عاتقه مهمة إثبات توافر شروط الحكم من تلقاء نفسه . فتلك الشروط وضعها المقتن وضمنها القواعد القانونية (م494مرافعات) والقاضى ملزم بتطبيق القانون ، ويسهر على ذلك ، ولا يمكن للخصوص منعه عن ذلك . ولا يبدو أن القاضى غير ملزم بتحرى توفر شروط صحة الحكم الأجنبى من تلقاء نفسه، إلا إذا عرضت مسألة صحة الحكم الأجنبى بطريقة عارضة فى دعوى أخرى ليس موضوعها طلب الأمر بتنفيذ ذلك الحكم الأجنبى. وطالما أن الإثبات ينصب على توافر شروط الأمر بالتنفيذ فإن مقتضى ذلك أن نعرف ، على تلك الشروط من خلال منا قشتنا لنظام الفصل فى دعوى أو طلب الأمر بالتنفيذ للحكم الأجنبى.

المطلب الثالث

الفصل في دعوى أو طلب الأمر بالتنفيذ.

ويتمتع القاضي في سبيل إصدار قراره بسلطات معينة ، قد تتسع ، أو تضيق ، وفقاً للأحكام السائدة في نظامه القانوني ، إزاء تقدير قيمة الحكم المطلوب الأمر بتنفيذ . فهل للقاضي أن يراجع موضوع الحكم ذاته ، وأن ينظر من جديد موضوع النزاع ، لتأكد من سلامة الفصل فيه ، وصحة تطبيق القانون المختص ، أم يقتصر دوره على التأكد فقط من الشروط التي وضعها قانونه الوطني لتنفيذ الأحكام الأجنبية ، دون مساس بموضوع النزاع فصلت فيها هذه الأخيرة؟ وإذا كانت الإجابة بالإيجاب ، وأكفى القاضي بمراقبة توافر شروط الأمر بالتنفيذ ، فهو يصدر في النهاية حكماً أو أمره سواء بمنح الأمر بالتنفيذ أو برفضه، وهو حكم أو أمر يمكن التظلم منه أو الطعن عليه وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول : سلطات قاضي الأمر بالتنفيذ.

المطلب الثاني، شروط الأمر بالتنفيذ .

المطلب الثالث: مضمون الحكم في دعوى أو طلب الأمر بالتنفيذ.

المطلب الرابع: الطعن في حكم الأمر بالتنفيذ.

الفرع الأول

سلطات قاضى الأمر بالتنفيذ

تطور سلطات القاضى فى معاملة الأحكام الأجنبية رغم وجود مشكلة تنفيذ الأحكام الأجنبية ، إلا أن تلك السلطات كانت منعدمة فى بداية القرن السابع عشر ، والسبب وراء ذلك هو التعصب لفكرة السيادة ، وما إن تواضعت الدول من غلواء فكرة السيادة ، وأخذت فى الخروج على مبدأ الإقليمية المطلقة ، فى مجال تنازع القوانين ، إلا وبدأت تنضح معالم إمكانية الاعتراف بحكم قضائى خارج الدولة التى صدر فيها . وهذا الاعتراف كان تدريجياً من ناحية ، وكان حذراً من ناحية أخرى . وهذا ما نلمسه من خلال السلطات الممنوحة للقاضى فى فحص الحكم الأجنبى تمهيداً للإعتراف به .

ويشور التساؤل ، هل كان هذا الفحص يمتد إلى الموضوع باعادة طرحه بدعوى مبتدأة ، أم يقتصر على التأكد من عدم تعارض الحكم مع النظام العام لدولة القاضى ومع مبدأ المساواة بين الخصوم وتمكينهم من الدفاع على الوجه الصحيح؟

هذا ما نبينه من خلال مناقشة تطور النظام القانونى للسلطات التى يتمتع بها القاضى الذى ينظر طلب الأمر بالتنفيذ . ووفق الترتيب الزمنى لذلك التطور يمكن أن نميز بين نظامين ، نظام المراجعة ونظام الرقابة . وإذا كان الأول قد هجر وساد الآخر ، إلا أنه قد يوجد فى العمل بناءً على نظام ثالث هو نظام التبادل.

أولاً: نظام المراجعة:

1- علة وجود نظام المراجعة هو مبدأ السيادة وعدم الثقة في القضاء الأجنبي:

في ظل هذا النظام كان الحكم الأجنبي مجرداً عن أية قيمة خارج حدود الدولة التي صدر عنها. فالقاضي يفصل في الدعوى باسم دولته ، والحكم القضائي يعتبر بذلك أمراً صادراً عن سلطة ذات سيادة ، ولا يتصور بشأنه أن يتعدى حدودها . وفي هذا لا يختلف الحكم الأجنبي عن القانون الأجنبي ، فكلاهما ذو سلطان إقليمي ، ومقتضى مبدأ السيادة والاستقلال المتبادل بين الدول أن القانون أو الحكم الذي يصدر باسم دولة لا ينتج أثراً خارجها .

بيد أن القضاء رأى إمكانية الاعتراف بالأحكام الأجنبية بطريق غير مباشر. فإذا كان الحكم يتمتع بحجية الأمر المقضى به في الدولة التي صدر عنها فإنه لا يمكن التسليم بهذه الحجية في الخارج . فقد ينطوى الحكم الأجنبي على نوع من عدم العدالة الموضوعية

أو الإجرائية ، ويكون من غير المناسب قانوناً أن يؤمن القاضي الوطني بالحكم الأجنبي دون التأكد من عدالة ماقضى به .

2- مضمون المراجعة وسلطة القاضي فيه: وفي هذا النظام يمكن للقاضي المرفوعة أمامه دعوى الأمر بالتنفيذ أن يراجع موضوع الحكم . والمراجعة هنا لن تكون مجرد إجراء الهدف منه المحافظة على متطلبات سيادة دولة محل التنفيذ ، بل هو سلاح وصمام أمان في يد القاضي ومن صدر الحكم في غير صالحة . فهذا الأخير يمكن أن يناقش الموضوع كما لو كان الأمر يتعلق بالدعوى الأصلية التي فصل فيها الحكم الأجنبي . وعليه فإن للمدعى عليه المحكوم ضده عبء إثبات عدم سلامة الحكم الأجنبي.

ومن الثابت في ظل نظام المراجعة أن للقاضي سلطة تقديرية واسعة . فالحكم الأجنبي ليس له حجية الأمر المقضى به و بالتالي يستطيع القاضي أن يدخل مايشاء من تعديلات عليه ، فله

أن يعيد تفسير العقد ، وأن يعيد تقدير خطورة الضرر في دعوى التعويض عن الفعل الخاطئ و له تخفيض مبلغ التعويض الذى قضى به الحكم الأجنبى ، بل إن بعض الأحكام قد عدلت حكم بالتطبيق إلى انفصال جسماني.

و طالما كانت دعوى الأمر بالتنفيذ لا تختلف في جوهرها ، في ظل نظام المراجعة ، عن أية دعوى عادية ، فإن القضاء كان يقبل الطلبات الجديدة ، والإضافية ، والطلبات المقابلة ، بل وكان يمكن أن يختصم الغير الذى لم يختصم في الدعوى الأصلية التي فصل فيها الحكم الأجنبى وليس مستغرباً هنا، أن الحكم الذى سيكون مشمولاً بصيغة التنفيذ ليس هو الحكم الأجنبى ، بل هو حكم ذو مضمون مختلف تماماً ، فهو في قلبه وقالبه حكم وطنى ، وليس له صلة بالحكم الأجنبى الذى له قدم في دعوى طلب الأمر بالتنفيذ .

2- **مطالب نظام المراجعة:** من خلال البيان السابق لنظام المراجعة يبدو من الواضح أنه يقوم على عدم الثقة أو الشك في حيطة وجدية القضاء الأجنبى الذى أصدر الحكم المطلوب الأمر بالتنفيذ . كما يقوم على النزعه الوطنية و فقدان الروح الدولية. ولا أدل على ذلك من اتباع القضاء الفرنسى لنظام المراجعة الدقيقة للحكم الأجنبى إذا كان صادراً في مواجهة أحد الفرنسيين دون ذلك الصادر بين أجنبى. ليس هذا فحسب بل أن نظام المراجعة يقوم كما رأينا على أسس من فكرة السيادة ، وهذه الفكرة سياسية أكثر منها قانونية و من شأنها القضاء على كل بادرة للتعاون القانونى الدولى، وهى تدع المجال للمعاملة بالمثل من جانب الدول الأخرى في مراجعة الأحكام ، وسوف نرى أن مبدأ التبادل كشرط ، في بعض التشريعات ، لتنفيذ الأحكام الأجنبية كان أساسه نظام المراجعة. ورغم ذلك فقد سار النظام الفرنسى في هذا الطريق قرن ونصف من الزمن إلى أن ظهرت مطالب نظام المراجعة، فماذا كان البديل ؟

ثانياً، نظام الرقابة:

1- مضمون هذا النظام : وعلى أنقاض نظام المراجعة قام نظام الرقابة . فالقاضي المرفوعه أمامه دعوى أو طلب الأمر بالتنفيذ لا ينظر من جديد موضوع الدعوى الذى فصل فيه الحكم الأجنبى . فوجود نظام الرقابة يدافع عن جدية بحث الوقائع و صحة تطبيق القانون من قبل القاضى الذى أصدره، ويقتصر دور القاضى الوطنى على بحث توافر الشروط التى وضعها قانونه الوطنى لتنفيذ الأحكام الأجنبية .

فعلاقة القاضى الذى ينظر دعو أو طلب الأمر بالتنفيذ تقترب من علاقة المحكمة العليا بأحكام قضاء الموضوع . فهى لا تعيد النظر فى الوقائع وإنما تراقب صحة تطبيق القانون . وفى شأن الحكم الأجنبى ينحصر دور القاضى على التثبت من الشروط اللازمة لصحة الحكم الأجنبى من الناحية الدولية. ومقتضى هذا ، من ناحية ، أن الحكم الأجنبى يتمتع بحجية الأمر المقضى به ، فهو قريبه على أنه صدر صحيحاً من حيث إجراءاته وأن ما قضى به هو الحق بعينه من حيث الموضوع وهذا على عكس نظام المراجعة . ومن ناحية أخرى ، أن الذى سينفذ سيكون الحكم الأجنبى ذاته الذى شمل بأمر التنفيذ والمشمول بصيغة التنفيذ ، وليس حكماً وطنياً ذو مضمون مغاير يصدره قاضى التنفيذ.

2- هدف نظام الرقابة: إن هدف نظام الرقابة هو البحث عن حل وسط يوفق بين اعتبارات السيادة ومقتضيات التعاون القانونى الدولى . كما يهدف إلى عدم الرفض الآلى لفعالية الأحكام الأجنبية ، إذا اختلفنا وجهات النظر ، بخصوص الحل الموضوعى للنزاع ، بين القاضى الوطنى والقاضى الأجنبى .

3- نظام الرقابة هى النظم القانونية المقارنة: والناظر فى القوانين المقارنه يدرك أنها تعتنق نظام الرقابة ، وترفض نظام المراجعة.

4- الوضع في القانون اليمني: وإذا كان المقتن اليمني قد أخذ بنظام الأمر بالتنفيذ في المادة (495) من قانون المرافعات الحالي ، ولم يتطلب من صاحب المصلحة رفع دعوى مبتدأة أمام القضاء اليمني. إلا أنه في الواقع لم يفصح عن مدى السلطات التي يتمتع بها القاضي اليمني إزاء الحكم الأجنبي في خصوص دعوى أو طلب الأمر بالتنفيذ: هل له مراجعة الحكم الأجنبي أم يقتصر دوره على رقابته بالتحقق من توافر الشروط اللازمة لصحته من الناحية الدولية؟

وباستعراض النصوص المنظمة لآثار الأحكام الأجنبية في اليمن يمكن القول بلا تردد بأن الأصل في النظام القانوني اليمني هو نظام الرقابة بالمفهوم السابق بيانه ، ولكن إستثناء ، وفي فروض نادرة الوقوع عملاً، يمكن للقاضي اليمني الذي ترفع أمامه دعوى أو طلب الأمر بالتنفيذ أن يراجع الحكم الأجنبي ، ويعيد النظر فيه ، من حيث إتفاقة مع العدالة ، وتقدير سلامته الإجرائية والموضوعية و توافر الشروط المنصوص عليها في المادة 488 ، 491 ، 498 ، 499. فما هو مضمون هذا النظام بناءً على نظام التبادل أو المعاملة بالمثل.

ثالثاً، نظام التبادل أو المعاملة بالمثل :

1- النص التشريعي على التبادل ومضمونه: بالرغم من هجر مذهب المراجعة في تنفيذ الأحكام الأجنبية ، إلا أنه يمكن أن يبعث من مرقدته في القانون اليمني الذي أخذ صراحة بنظام التبادل. فقد نصت المادة (494) فقره "3" من قانون المرافعات على أن السندات التنفيذية الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ السندات التنفيذية اليمنية معاملة بالمثل.

ومقتضى نظام التبادل أن القاضي اليمني يجب ألا يقتصر على التحقق فقط من إستيفاء الحكم الأجنبي المعروض أمامه للشروط التي وضعها القانون لتنفيذه ، بحيث يأمر بتنفيذ الحكم ووضع الصيغة التنفيذية عليه بطريقة آليه ، بل عليه التأكيد من أن القاضي الذي أصدر الحكم محل دعوى الأمر بالتنفيذ يقبل تنفيذ الأحكام اليمنية بذات القدر وفي ذات الحدود ، فالحكم

الأجنبي يلقى في اليمن ذات المعاملة التي يلقاها الحكم اليمني في الدولة التي أصدرت محاكمها الحكم محل دعوى الأمر بالتنفيذ.

2- حدود التبادل: ومقتضى نظام التبادل أو المعاملة بالمثل ، أنه إذا كانت الأحكام الأجنبية تتطلب ممن صدر لصالحه حكم من القضاء اليمني ضرورة رفع دعوى مبتدأة موضوعها الحق أو المركز القانوني الذي فصل فيه الحكم الأجنبي فإن على القاضي أن يمتنع عن الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي، وكان على المحكوم له أن يسلك الطريق العادي لطلب الحماية القضائية ، أى يرفع دعوى جديدة أمام المحاكم اليمنية طالباً بالحماية القضائية لحقه أو مركزه القانوني .

ونفس الشيء إذا كانت المحاكم التي أصدرت الحكم المطلوب الأمر بتنفيذه في اليمن تشترط لتنفيذ الأحكام اليمنية ضرورة رفع دعوى جديدة يقدم فيها الحكم اليمني ، كدليل بسيط أو قاطع ، كان على القاضي اليمني أن يطلب ممن يتمسك بالحكم الأجنبي أن يرفع دعوى مبتدأة أمام المحاكم اليمنية ويعطى للحكم الأجنبي قيمة الدليل البسيط أو القاطع الذي يلقاه الحكم اليمني في الخارج .

ومن المسلم به أن القاضي اليمني يملك مراجعة موضوع الدعوى ويقبل الطلبات الجديدة وفق مذهب المراجعة ، بخصوص الأحكام الأجنبية الصادرة عن دولة تتبع محاكمها هذا المذهب تجاه الأحكام اليمنية.

3- نقد نظام التبادل: كان يحسن بالمقنن اليمني ألا يأخذ بنظام التبادل في خصوص تنفيذ الأحكام الأجنبية . فمن المعروف أن المجال الأرحب لتطبيق هذا النظام هو عادة مركز الأجانب كأحد مباحث القانون الدولي الخاص.

فمن الثابت عملاً أن إعماله في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية قد يضر بصورة واضحة بالعلاقات والروابط الخاصة عبر الحدود ، فمبدأ التبادل يعتمد في تقديره إلى حد كبير ، على اعتبارات الملاءمة السياسية . ولما كانت الأحكام الأجنبية مضمونها هو تقرير الحماية القضائية للحقوق والمراكز القانونية الخاصة الدولية ، فإن تعليق هذه الأخيرة على نظام له وجوهرة الملاءمة السياسية ، من شأنه أن يضيع الهدف الذي طالما يعمل على تحقيقه القانون الدولي الخاص ، وهو تأمين واستقرار الروابط الخاصة الدولية. وإزدهارها.

ويواجه هذا النظام صعوبات عملية في التطبيق ، حيث يسود الآن اتجاه ينادى بضرورة إعادة النظر في الأخذ به من عدمه . كما إن الفقه الحديث يشك في إحتفاظ نظام التبادل بقيمة فعلية . ، وليس من شك في أن التخلي عن نظام التبادل يبدو ضرورياً ، إذا لاحظنا أن من شأن الرجوع إلى النظام القديم الذي يهدر كل قيمة حقيقة للحكم القضائي الأجنبي ، وهو نظام المراجعة ، إذا كانت هناك بعض الأنظمة القانونية التي تأخذ به.

ويجمع الفقه والقضاء الراجح على رفض الأخذ بنظام التبادل في خصوص تنفيذ الأحكام الأجنبية. 4- أنواع التبادل: ولكن في ظل وجود نص المادة(491) مرافعات ، فالقاضي اليميني يكون ملزماً بمراعاة مبدأ التبادل ، وخصوصاً عليه أن يعتد أولاً بالتبادل الدبلوماسي المنصوص عليه في معاهدة دولية ترتبط به اليمن ، كاتفاقية تنفيذ الأحكام بين دول الجامعة العربية والتي وافق عليها مجلس الجامعة في 14 سبتمبر 1952م وإتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام 1983م والتي ستحل محل الاتفاقية السابقة فيما بين الدول التي صادقت عليها . ولكن في جميع الأحوال عليه أن يأخذ في الاعتبار التبادل الواقعي ، ولا يقبل تنفيذ الحكم الأجنبي إلا إذا كانت الدولة الأجنبية التي صدر عنها الحكم المراد تنفيذه ، تسمح فعلاً وواقعاً بتنفيذ الأحكام اليمينية ، أي بحث مايجرى عليه العمل فعلاً بصدد أحكام القضاء اليميني أمام القضاء الأجنبي ، دون أن يكفي فقط بالتحقق من ان تشريع هذه الدولة الأجنبية يتضمن نصاً تشريعياً يقبل تنفيذ الأحكام اليمينية لديها ، وهو ماجرى الاصطلاح على تسميته بالتبادل التشريعي.

5- التبادل لا يمس الشروط المقررة في المادة (494) مراجعاته : طالما أن على القاضى اليمنى أن يثبت من توافر التبادل بين اليمن والدولة التى صدر عن محاكمها الحكم المطلوب الأمر بتنفيذه ، فإن سلطانية فى ذلك تقتصر فى مراجعة الحكم الأجنبى أو مراقبته ، حسب النظام المتبع فى هذه الأخيرة ، وكذلك على منح الأمر بالتنفيذ أو رفضه . فلا يتعدى التبادل إلى الشروط التى وضعها القانون اليمنى لتنفيذ الأحكام الأجنبية فى اليمن .

فيلزم لتنفيذ الحكم الأجنبى فى اليمن أن يستوفى الشروط التى نص عليها القانون فى المادة (494) من قانون المرافعات ، حتى ولو كان قانون الدولة التى ينتمى إليها الحكم ، المراد شموله بأمر التنفيذ يقبل تنفيذ الأحكام اليمنية دون توافر ذات الشروط كلها أو بعضها . فهذه الشروط قد قدر المقتن أنها تتعلق بتأمين وحماية النظام القانونى اليمنى ، ولا يصح أن تتعرض تلك الشروط للإنتقاص حسبما يؤدي مبدأ التبادل ، فهى تمثل حداً أدنى لا يجوز ، بحال ، الزول عنه لصالح الحكم الأجنبى .

وإذا كنا نؤيد من حيث المبدأ ماذهب إليه البعض من الفقهاء إلى أن الأحكام الأجنبية الصادرة عن دولة غير معترف بها يمكن الأمر بتنفيذها رغم ذلك . إلا أنه فى ظل الوضع الحالى للعديد من الدول ، التى تتبنى نظام المعاملة بالمثل أو التبادل ، فى مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية، فإن فرصة تنفيذ حكم أجنبى صادر عن دولة غير معترف بها ستكون ضئيلة ، إن لم تكن منعدمة .

الفرع الثاني

شروط الأمر بالتنفيذ

تمهيد : التمديد التشريعي للشروط في القانون اليمني:

- 1- وقد ساير المقنن اليمني تشريعات العالم وأورد شروط الأمر بالتنفيذ في المادة (494) من قانون المرافعات والتي تنص على إنه " لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي :
- 2- الا يخالف السند التنفيذي الأجنبي أحكام الشريعة الإسلامية أو الآداب العام أو قواعد النظام العام في اليمن.
- 3- أن تكون المحاكم اليمنية غير مختصة بالنزاع الذي صدر فيه السند التنفيذي الأجنبي وان المحكمة الأجنبية مختصة به طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها .
- 4- أن يكون التنفيذ بنفس الشروط المقررة في ذلك البلد لتنفيذ السندات التنفيذية في اليمن معاملة بالمثل .
- 5- أن يكون السند التنفيذي صادر من محكمة أو هيئة قضائية مختصة وأن يكون الحكم أو الأمر حائزاً لقوة الأمر المقضي له وفقاً لقانون ذلك البلد الأجنبي.
- 6- أن يكون الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم الأجنبي قد كلفوا بالحضور ومثلوا أمام تلك المحكمة تمثيلاً صحيحاً .
- 7- ألا يتعارض السند التنفيذي الأجنبي مع حكم صدر من المحاكم اليمنية . ومضمون ومدى هذه الشروط نتناولها تباعاً على النحو التالي:

أولاً : شرط صدور الحكم من محكمة مختصة

1- النص التشريعي اليميني : نصت المادة (2/494) يشترط لتنفيذ السند التنفيذي الأجنبي ما يأتي " وأن المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصة طبقاً لقواعد الإختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها "

ويعتبر صدور الحكم أو السند التنفيذي من محكمة مختصة بالفصل في النزاع ، من الشروط الأساسية لتنفيذ الحكم تنفيذاً جبرياً في القانون الداخلي ، ذلك أن الإختصاص القضائي للمحكمة بنظر الدعوى هو من المسائل المتصلة بتنظيم مرفق القضاء ، ويظل هذا الشرط كذلك حتى ولو كان التنفيذ الجبري سيتم خارج الدولة التي صدر باسمها الحكم . وذلك أن الحكم الصادر عن جهة غير مختصة هو حكم باطل لا يصح سنداً للتنفيذ .

وهذا الشرط ثابت في الإتفاقات الدولية الجماعية والثنائية المبرمة في شأن الاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها .

و لبيان أهمية ومضمون هذا الشرط يتوجب علينا أن نوضح ثلاث مسائل.

2- لقانون الذي يحدد الإختصاص الدولي:

* **وضع المشكلة:** أثار تحديد القانون الذي بمقتضاه يتم تحديد إختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم المراد الأمر بتنفيذه، جدلاً فقهيّاً واسعاً . والبحث في تلك المشكلة لم يكن موضع خلاف لو أن الأمر كان يتعلق فقط بحماية المصالح الخاصة للأفراد ، اطرف الدعوى التي فصل فيها الحكم الأجنبي . ولكن الأمر بالتنفيذ يمس أمراً حيويّاً بالنسبة للقاضي الذي ينظر دعوى الأمر بالتنفيذ ، وهو توزيع ولاية القضاء بين الدولة التي أصدرت محاكمها الحكم المراد تنفيذه وبين دولة القاضي . ولاشك أن هذا يتعلق بالدرجة الأولى بحماية النظام القانوني والقضائي لهذه الأخيرة. فما القانون الذي يرجع إليه لتحديد الإختصاص القضائي الدولي للمحكمة الأجنبية ؟

* الإتجاه الأول و أساسه في اختصاص قانون الدولة التي يطلب فيها التنفيذ؛
يذهب جانب من الفقه أن إختصاص المحكمة التي إصدارت الحكم المراد شموله بأمر التنفيذ
يجب أن يحدد وفق قواعد الإختصاص القضائي في دولة القاضي الذي ينظر دعوى الأمر
بالتنفيذ. ويرر أنصار هذا الإتجاه وجهة نظرهم بالقول بأن المجتمع الدولي يعاني من غياب
السلطة العليا التي توزع الإختصاص بين المحاكم في الدول المختلفة . ومن هنا كان الطابع
الإنفرادى لصياغة قواعد الإختصاص القضائي الدولي . فإذا ترك القاضي الوطني تقدير
إختصاص القاضي الذي أصدر الحكم للقانون الأجنبي الذي يعمل في ظله ، فقد يتوسع في
حالات الإختصاص مما قد يضييق من حالات إختصاص المحاكم الوطنية، التي يسهر ، أساساً ،
على كفالة إحترامها وتطبيقها .

فقواعد الإختصاص القضائي الوطنية في صدد تنفيذ الأحكام الأجنبية هي في حالة تنازع
صريح مع قواعد الإختصاص القضائي الأجنبي . ومن الطبيعي أن يرجح القاضي الوطني
قواعده على هذه الأخيرة . ولا يتأتى هذا إلا بتحديد حالات الإختصاص الدولي للمحكمة
الأجنبية التي أصدرت الحكم وفق قواعد الإختصاص القضائي الدولي في قانونه الوطني.

ويضيف أنصار هذا الإتجاه أن إعطاء سلطة تحديد الإختصاص القضائي الدولي لقانون
المحكمة التي أصدرت الحكم المراد تنفيذه، تحول دونه صعوبات عملية. فتكليف القاضي
الوطني بالإمام بكافة القوانين المنظمة للإختصاص القضائي الدولي في البلاد المختلفة هو ضرب
من المستحيل . فالقاضي الوطني يجهل هذه القوانين ولا يمكن تكليف الخصوم بمعاونته في هذا
الخصوص ، بل هم يلجأون ، في الغالب من الإحيان ، إلى إخفاء ما يملكون من معلومات بشأن
قواعد الإختصاص الدولي الأجنبية إذا كانت لهم مصلحة في ذلك .

ويلجأ جانب من الفقه الحديث إلى تبرير اختصاص قانون القاضي بتحديد إختصاص
المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم المراد تنفيذه ، بالتقريب بين قواعد الإختصاص القضائي

الدولى وقواعد تنازع القوانين . فإذا كانت هذه الأخيرة من القواعد المزدوجة الجانب ، أفلا يمكن اعتبار قواعد تحديد الإختصاص القضائى الدولى قواعد مزدوجة الجانب هى الأخرى .

فهناك أوجه شبه كبيرة بين النوعين من القواعد : فقواعد الإختصاص تتعلق بالمنازعات وتحديد القاضى المختص ، وقواعد التنازع تتعلق بالروابط القانونية وتحديد القانون المختص . فكلاهما له وظيفة التعيين والتحديد ، وهى تقوم بما بطريقة مزدوجة ، إما لصالح القضاء أو القانون الوطنى ، أو لصالح القضاء أو القانون الأجنبى . أو كما يقول البعض من الفقه الإستراتيجى ، فإن قواعد الإختصاص القضائى الدولى إن هى إلا قواعد لحل تنازع القوانين بشأن الإختصاص .

ويخلص أنصار هذا الرأى إلى القول بأن الطبيعة المزدوجة لقواعد الإختصاص القضائى تجعل من المقبول إخضاع تحديد الإختصاص الدولى للمحكمة الأجنبية لقانون القاضى الذى يطلب منه الأمر بالتنفيذ .

* **موقفه القانون المقارن من هذا الإتجاه :** والناظر فى القوانين المقارنه ، فى شأن نظام تنفيذ الأحكام الأجنبية يدرك أن بعضاً منها تبنى هذا الإتجاه .

* **نقد الإتجاه الأول :** ولا يمكن الإذعان للرأى السابق . فهو منتقد من عدة وجوه ، فمن ناحية أولى يفقد هذا الرأى الأساس القانونى السليم . فهو يقوم كغيره من الآراء التى سادت فى أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن الحالى على فكرة السيادة كأساس لقواعد القانون الدولى الخاص . ولاشك فى أنها فكرة سياسية أكثر منها قانونية .

ومن ناحية ثانية ، فإنه من الخطأ بمكان اعتبار قواعد الإختصاص القضائى قواعد إسناد أو قواعد تنازع بالمعنى الفنى . فقد سبق أن رأينا أن هذه القواعد هى قواعد مفردة الجانب ، فى معظمها ومن ناحية أخيرة ، فإنه كيف يقبل قاضى دولة التنفيذ أن يقرر إختصاص أو عدم إختصاص محكمة أجنبية على خلاف ماتنص عليه قواعد الإختصاص الدولى فى الدولة التى

يعمل باسمها تلك المحكمة ، وكيف يقضى بأن تلك المحكمة مختصة وهي ليست كذلك طبقاً لقانونها الإجرائي ، أو يحكم بعدم اختصاصها وهي مختصة وفقاً لذلك القانون، في ذات الوقت الذي لا توجد فيه أدنى شبهة حول إنعدام الغش أو التحايل على الاختصاص.

* الإتجاه الراجع في القانونيين اليمن والمقارن : اختصاص قانون الدولة الصادر الحكم عن محاكمها: لما تكشف مثالب الإتجاه السابق لم يكن هناك بديل عن الرجوع إلى قانون المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم المطلوب الأمر بتنفيذه ، لتحديد اختصاصها من عدمه.

ومثل هذا الإتجاه قننه العديد من القوانين المقارنه.

و محمد للمقنن اليمن أن جنب الفقه و القضاء مغبة الوقوع في الخلاف السابق ، فنص صراحة على ان تحديد اختصاص المحكمة الأجنبية ، التي أصدرت الحكم المراد تنفيذه في اليمن " يتم طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقرر في قانونها". (2/494).

ولاغرو في أن الحل التشريعي ، يتفق مع المبادئ التالية:

1- إن قواعد تحديد الاختصاص القضائي الدولي هي قواعد مفردة الجانب غالباً، تحدد فقط حالات اختصاص المحاكم اليمنية ، غير عابئة بتحديد حالات اختصاص المحاكم الأجنبية ، وبذلك يكون من غير المنطقي أن يرجع إلى القانون اليمني لتحديد الاختصاص الدولي للمحكمة الأجنبية ، التي أصدرت الحكم المطلوب الأمر بتنفيذه.

ويتفق القانون اليمني في حل مشكلة الاختصاص الدولي على هذا النحو مع قواعد القانون الدولي العام التي تفرض على الدول المختلفة إحترام النطاق الإقليمي لممارسة سلطاتها ، فلا يجوز للمقنن اليمني أن يتعدى على المجال المحجوز لممارسة سلطات الدول الأخرى.

2- إن تحديد اختصاص المحاكم الأجنبية وفقاً لقانونها يتفق مع التدرج المنطقي لمراحل الفصل في المنازعات ذات الطابع الدولي . فتحديد الاختصاص حسب قواعد قانون القاضي الذي

ينظر دعوى الأمر بالتنفيذ يفترض دائماً أن يكون ذلك قبل الفصل فى النزاع وهو ما لا يصدق إلا إذا كان الأمر يتعلق بمسألة إختصاصه هو . بينما أن تحديد إختصاص القاضى الأجنبى فى دعوى الأمر بالتنفيذ يكون دائماً بعد الفصل فى النزاع . ولاشك أن إخضاع هذا التحديد لقواعد قانون القاضى يطوى على مصادرة على المطلوب . فتحديد الإختصاص يكون ابتداء لا انتهاء .

ويؤيد ذلك حكم المادة(33) من القانون المدنى الذى يقرر أنه " يسرى فى قواعد الإختصاص والمسائل الخاصة بالإجراءات القضائية قانون البلد الذى ترفع فيه الدعوى . ولما كانت الدعوى التى فصل فيها الحكم ، المطلوب الأمر بتنفيذه ، قد أقيمت فى بلد أجنبى فإن قواعد الإختصاص الواجبية التطبيق تكون هى القواعد السارية فى هذا البلد ، وليست قواعد الإختصاص فى دولة القاضى الذى ينظر طلب الأمر بالتنفيذ .

3- إن تطبيق قواعد الإختصاص الوطنية على شرط الإختصاص الدولى للقاضى الأجنبى فيه الزام ، بالنسبة لهد الأخير بمراعاة هذه القواعد ، وهو ما يصطدم بالمستحيل . ففيه من ناحية إئقال لكاهل القاضى الأجنبى ، بالعرف على القوانين الأجنبية المنظمة للإختصاص القضائى الدولى، ومن ناحية أخرى ، فإن الأحكمة التى ترفع أمامها دعوى الأمر بالتنفيذ يعتمد اختيارها على الإحتمال والصدفة ، ولا يعلم بها القاضى الأجنبى الذى سيصدر الحكم حتى يتوافق مع قواعد الإختصاص الدولى فى قانونها .

3- تعدد صوابط الاختصاص وأثره على القانون الذي يحدد الاختصاص

الدولي:

أ- وضع المشكلة: بينا فيما تقدم أن الاختصاص الدولي للمحكمة الأجنبية يتم تقديره حسب قانون الدولة التي تتبعها هذه الأخيرة ، لاوفق قانون القاضى الذى ينظر دعوى الأمر بالتنفيذ.ولكن الملاحظ أن الشرط الأول من الفقرة الثانية ينص المادة (494) من قانون المرافعات يعكس صفوا المبدأ السابق وهو التطبيق الكامل للقانون الذى تعمل فى ظله المحكمة الأجنبية ، حيث نقرأ أنه " لايجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتى :

أن تكون المحاكم اليمنية غير مختصة بالزراع الذى صدر فيه السند التنفيذى الأجنبى .

فكيف نوفق إذن بين شطرى الفقرة الثانية من المادة السالف ذكرها ؟

قبل أن نجيب على هذا التساؤل ، يجب أن نوضح أن المشكلة ترجع ، فى الأصل إلى الضابط الذى يبنى عليه الاختصاص القضائى الدولى .فقد يكون الاختصاص الدولى للمحكمة الأجنبية ، التى أصدرت الحكم أو الأمر المطلوب تنفيذه فى اليمن ، قد بنى على ضابط معين لموطن أو محل إقامة المدعى عليه حسب قانون تلك المحكمة ، بينما كان هناك ضابط آخر يمكن أن يعقد بمقتضاه الاختصاص فى ذات الدعوى للمحاكم اليمنية كإبرام العقد أو تنفيذه فى اليمن.

فإذا اختصت المحاكم اليمنية على النحو السالف بيانه هل يمكن الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبى رغم ذلك ؟ هناك عدة حلول يمكن مناقشتها:

هـ- الحل المقترح يعنى ، وفق نص الشرط الأول الفقرة الأولى من المادة(494) أنه لايجوز للقاضى اليمنى أن يأمر بتنفيذ الحكم الأجنبى الذى صدر فى منازعة تدخل أصلاً فى اختصاص القضاء اليمنى. ويمكن أن نصل إلى ذلك ؟ على مرحلتين:

أ- المرحلة الأولى: على القاضى أن يراجع أو يستشير قواعد الإختصاص القضائى الدولى للمحاكم اليمنية ، كما أوردها قانون المرافعات . فإذا تبين له أن هناك أحد ضوابط الإختصاص ، أيا كان، التى تبرر تقرير الإختصاص للمحاكم اليمنية ، تعين عليه أن يرفض الأمر بالتنفيذ .

ب- المرحلة الثانية: إذا تبين للقاضى اليمنى عدم وجود أى ضابط يبرر إختصاص المحاكم الوطنية فى الدعوى التى صدر فيها الحكم الأجنبى ، كان له أن ينتقل إلى التأكد من الإختصاص الدولى للمحكمة الأجنبية التى أصدرت الحكم أو الأمر حسب أحكام قانون تلك المحكمة .

من هذا التحليل يبدو أن المقنن قد أعطى الأولوية فى التطبيق لقانونه المتعلق بالإختصاص . وهذا أمر طبيعى فى ظل غياب التنظيم الإتفاقى الدولى لمسائل الإختصاص القضائى فى المنازعات الخاصة الدولية، ونتيجة منطقية للطبيعة الوضعية الداخلية للقواعد المنظمة لهذه المسائل . فكأن المقنن قد جعل تطبيق قواعد الإختصاص الأجنبية التى تعمل فى ظلها المحكمة الأجنبية التى أصدرت الحكم المطلوب تنفيذه فى اليمن إنتهاء لإبتداء . وهذا مانستشفة من نص الشرط الأول من الفقرة الثانية للمادة (494) سالفة الذكر .

ج- نقد الحل التشريعى: وهذا الحل يشوبه - فى رأيدنا - مجيبان :

الأول: أنه يجعل تطبيق قواعد الإختصاص القضائى الدولى ، المقررة فى قانون المحكمة الأجنبية ، التى أصدرت الحكم المطلوب تنفيذه فى اليمن، تحت رحمة القانون اليمنى الذى قد تعطى إحدى قواعده الإختصاص للمحاكم اليمنية .

الثانى: أنه يمكن أن يقلل إلى حد كبير من فرصة تنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية ، فى اليمن فهو يعطى للقاضى الوطنى سلطة واسعة فى تقدير هل المحاكم اليمنية مختصة بالمنازعات التى صدرت فيها هذه الأحكام أو الأوامر .

فالنظرة الواعية لتبصر بأن هذه العيوب تتفاقم آثارها، طالما أن قواعد الإختصاص هي من وضع المقتن الوطني في كل دولة، والذي يجتج دائماً إلى توسيع دائرة إختصاص محاكمه، حتى على حساب إختصاص محاكم دول أخرى؟
فهل هناك من بديل لتفسير النص التشريعي؟

د- الحل القضائي، لقد شغلت المشكلة السابقة إهتمام القضاء والفقة في بعض البلدان. واتجهوا في البداية، إلى التفرقة بين الإختصاص المانع أو القصرى والإختصاص الإختيارى أو المشترك، فإذا تعلق لأمر بالإختصاص المانع أو القاصر للمحاكم، أى الذي لايجوز التنازل عنه أو الإتفاق على ما يخالفه من قبل الأطراف فيتعين رفض الأمر بالتنفيذ، حتى ولو كانت المحكمة التى أصدرت الحكم مختصة دولياً وفقاً لقانونها.

ففي حكم صادر من محكمة النقض المصرية "القاهرة" الكلية بمنح الأمر بتنفيذ الحكم الصادر من محكمة لواء صنعاء الابتدائية فى 1979/7/7م، قضت محكمة النقض "أنه لما كان النص فى الفقرتين الأولى والرابعة من المادة "298" من قانون المرافعات المصرى على أنه "لايجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتى :

1- أن محاكم الجمهورية غير مختصة بالمنازعة التى صدر فيها الحكم أو الأمر، وإن المحاكم الأجنبية التى أصدرته مختصة بها طبقاً لقواعد الإختصاص القضائى الدولى المقررة فى قانونها (2)، (3، 4) أن الحكم أو الأمر لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من محاكم الجمهورية... " يدل على ان المقصود بشرط عدم إختصاص المحاكم المصرية بنظر المنازعة بجواز الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبى هو الإختصاص المانع أو الإختصاص الإفرادى أى فى الحالة التى يكون فيها الإختصاص بنظر النزاع قاطعاً على المحاكم الوطنية. أما إذا كانت المحاكم الأجنبية مختصة بنظر النزاع طبقاً لقواعد الإختصاص الدولى المقررة فى قانونها إلى جانب المحاكم الوطنية، وهو ما يعرف بالإختصاص المشترك فلا يجوز دون الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبى طالما لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم الوطنية. إذا كان ذلك وكانت المحاكم اليمنة مختصة بنظر النزاع

باعتبارها البلد الذى أبرم فيه العقد كما أن احكامم الوطنية .مختصة أيضاً بنظر النزاع عملاً
بالبقرة الثانية من المادة (30) من قانون المرافعات المصرى باعتبارها بلد التنفيذ فإن هذا لا
يجول دون الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبى الصادر من احكامم اليمنية طالما أنه لا يتعارض مع حكم
آخر صادر من احكامم الوطنية.."

* أصل الحل القضائى، ويمكن القول بأن الحل القضائى السابق قد أخذ بحكم القانون القائم
، فى الإختصاص القضائى للمحكمة الأجنبية يتحدد وفقاً لقانونها، ولكنه أورد عليه قيدها
مؤداه أنه يتعين أن لا تكون المنازعة التى صدر فيها الحكم المطلوب الأمر بتنفيذه داخلة فى
إختصاصه . ومن الجدير بالذكر إلى أن هذا الإتجاه قد تأثر إلى حد كبير بالرأى السائد فى
فرنسا ، وهناك العديد من القوانين المقارنه التى تتبنى هذا الحل .

هـ- الحل الوظيفى: ويذهب جانب من الفقه إلى إعمال تفرقة قريبة من التفرقة السابقة
ويرى أن هناك حالات للإختصاص الأصيل أو الوجوبى ، ومثلها الإختصاص المبنى على ضابط
موطن أو محل إقامة المدعى عليه ، وكذلك الإختصاص فى المنازعات المتعلقة بالأموال
والالتزامات وبالأفلاس ، والإختصاص بمسائل الولاية على المال وبمسائل الأثر والتركات ،
والإختصاص بالإجراءات الوقفية والحفظية . وهناك حالات للإختصاص الجوازى ،
كالإختصاص بالمسائل الأولية والطلبات العارضة والدعاوى المرتبطة ، والإختصاص بدعاوى
رابطة الزوجية والنفقات ، والنسب والولاية على النفس .

ويخلص صاحب هذا الرأى إلى القول بأنه " فى كل حالة يثبت فيها للمحاكم الوطنية
إختصاص أصلى تعتبر محاكم الدول الأخرى جميعاً غير مختصة فى نظر القاضى الوطنى .أما
الإختصاص الجوازى ، فهو وإن كانت تثبت بمقتضاه للمحاكم الوطنية ولاية الفصل فى
الدعوى ، إلا أنه لايجول دون تنفيذ الحكم الأجنبى فى اليمن إذا ماسبق عرض النزاع أمام
محكمة أجنبية.

ويرى إتيان فقهي آخر أنه من المتعذر وضع أسس محددة في هذا الخصوص ، ولكن يمكن فقط الاسترشاد باعتبارات " الملائمة المبينة على العدالة وحاجة المعاملات الدولية " لإجراء التفرقة بين الحالات التي تختص فيها المحاكم اليمنية ويرفض فيها الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي ، وغيرها من الحالات التي لا تختص فيها وبالتالي يمكن شمول الحكم بأمر التنفيذ.

ومهما يكن من أمر هذه الآراء. فإن الفقه الراجح له رؤية مختلفة.

و- العمل المقترح: والواقع أنه لا يمكننا الاستعانة بالتفرقة بين الإختصاص القصرى والإختصاص المشترك ، فهي تفرقة منقذة ، وتدع مجالاً كبيراً للتحكم ، كما لا يمكن أيضاً الإستعانة بالرأى الذى يفرق بين الإختصاص الأصيل أو الوجوبى والإختصاص الجوازى، ومن الواضح أن الرأى الذى يستند إلى إعتبرات الملائمة وحاجة المعاملات الدولية يقترب من الحقيقة، ونحن نرى مع الفقه الراجح أن الحل يكمن في فكرة " النظام العام الإجرائى " أى بمدى تعلق قواعد الإختصاص القضائى الدولى بالنظام العام من عدمه ، وقد ناقشنا فيما تقدم تلك الفكرة ، ورأينا ، أن بعض قواعد الإختصاص القضائى الدولى لاتتعلق بالنظام العام ، وأن البعض الآخر يتعلق به.

ومجمل القول بأنه في خصوص القواعد التى قصد منها حسن أداء العدالة وحماية السلام العام والتي تتعلق بالنظام العام ، كالدعاوى المتعلقة بأموال عقارية موجودة في اليمن ، أو المتعلقة بالإفلاس ، وبالإجراءات الوقتية والتحفظية، يكون إختصاص المحاكم اليمنية نافياً لإختصاص أية محكمة أجنبية ، وبالتالي إذا صدر حكم أجنبي على خلاف ذلك رفض الأمر بتنفيذه في اليمن. أما بخصوص قواعد الإختصاص التى قصد منها التيسير على المتقاضين ، وهى فيما عدا الحالات السابقة ، فلا تمنع من شمول الحكم الأجنبي بأمر التنفيذ.

ويحسن بالقاضى اليمنى أن يستعين بأعتبرات التعاون القانونى بين النظام القانونى اليمنى والنظم الأجنبية وكذلك بمقتضيات التجارة الدولية ، حتى لا يتوسع في تفسير فكرة النظام العام

الإجرائي ، وحتى يدع الفرصة أمام تنفيذ الأحكام الأجنبية ، والاعتراف بها ، في اليمن بما يحقق ، في النهاية ، الإستقرار والأمان اللازمين للروابط الخاصة الدولية.

4- مدى رقابة الإختصاص الدولي للمحكمة الأجنبية:

1- رقابة جدية الإختصاص: إذا لم تكن المحاكم اليمنية مختصة بالمنازعة على النحو السابق بيانه ، وجب على القاضي اليمني أن يأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي ، وبالصيغة التنفيذية ، مادامت قد توافرت بشأته كافة الشروط الأخرى التي نصت عليها المادة (494) مرافعات.

ولما كان الإختصاص الدولي للمحكمة الأجنبية يخضع تحديده لقانون دولة تلك المحكمة ، فإننا نرى مع ذلك أن اعتبارات الأمان القانوني والتعاون الدولي ، في محاربة الغش نحو الإختصاص القضائي توجب على القاضي اليمني أن يراقب جدية مناط الإختصاص للمحكمة الأجنبية فيجب أن تتوافر رابطة جدية بين النزاع المطروح والمحكمة التي أصدرت الحكم المراد الأمر بتنفيذه وهذا أمر طبيعي، فقد أكدنا فيما سبق ، أنه يشترط لصحة الخضوع الإرادي حتى بالنسبة للمحاكم اليمنية أن توجد رابطة جدية بين النزاع المطروح والمحاكم اليمنية. فهناك من ضوابط الإختصاص ما يدع مجالاً أمام الخضوع للتحايل. فقد يتجه هؤلاء إلى إختيار المحكمة التي يعلمون أنها أقدر على تلبية رغباتهم ، ولاسيما في الفرض الذي يتحقق فيه التلازم بين الإختصاص القضائي والإختصاص التشريعي.

2- أهمية رقابة جدية الإختصاص في القانون اليمني : ونحن نرى ضرورة رقابة إنعدام الغش نحو الإختصاص في القانون اليمني لاسيما وأن المقتن اليمن في المادة (494) لم يورد من بين شروط الأمر بالتنفيذ شرط رقابة القانون المطبق ، أي شرط أن تكون المحكمة التي أصدرت الحكم قد طبقت القانون المختص على موضوع النزاع وفق قاعدة الإسناد اليمنية.

فالغش نحو الإختصاص ، ومعياره إنعدام الرابطة الجديدة بين النزاع والمحكمة التي أصدرت الحكم ، يراقبة القاضى اليمنى على حدة، بجانب رقابة إنعدام الغش نحو القانون المطبق ، ولايكفى رقابة هذا الأخير فقط .

في الواقع أن الغش نحو القانون يكون مصحوباً فى الغالب من الأحيان بغش نحو الإختصاص القضائى ، حيث أن الأطراف يختارون المحكمة التي ستطبق قانوناً يحقق هدفاً في صالحهم ، لم يكن في الإمكان الوصول إليه وفقاً للقانون الواجب التطبيق أصلاً ، ثم يأتون بعد ذلك للاحتجاج به في إقليم دولة أخرى طالين الأمر بتنفيذه.

إذا كان هذا صحيحاً، إلا أن الوضع العكسى لا يكون كذلك بحيث يمكن تصور وجود غش نحو الإختصاص دون مصاحبة الغش نحو القانون . ويؤكد ذلك الفارق بين الأثنين . فالأول يستهدف إستبعاد إعلان الحكم ، أما الثانى فهو يهدف إلى إستبعاد تطبيق قانون معين . ثم أن الغش نحو الإختصاص كدفع يستتبع رفض تنفيذ الحكم الصادر بناء على الغش ، أما الدفع بالغش نحو القانون ، فهو يعيد سلطان القانون الواجب التطبيق أصلاً والذي تم التحايل نحوه.

ويجمل بالقاضى اليمنى رفض الأمر بالتنفيذ كعقاب على الغش نحو الإختصاص ، ليس فقط في الفرض الذى يتحقق فيه الغش نحو إختصاص المحاكم الوطنية ، بل كذلك في فرض الغش نحو إختصاص المحاكم الأجنبية . فلا شك أن الغش ينافى حسن النية ويجب محاربتة أيا كانت غايته، وهو في هذا المجال يساعد على تدعيم التعاون القانونى الدولى ، ويؤكد التعايش المشترك بين النظم القانونية في الدول المختلفة.

3- رقابة الإختصاص الدولى فقط: وإذا كان للقاضى اليمنى ان يراقب جدية الإختصاص فهل له أن يراقب نوع الإختصاص؟ أى هل من سلطته رقابة الإختصاص الدخلى ، النوعى والمخلى ، للمحكمة التي أصدرت الحكم أو الأمر موضوع دعوى الأمر بالتنفيذ ، أم تقتصر رقيبته على الإختصاص الدولى لها؟

يقتصر دور القاضى الوطنى على رقابة الإختصاص الدولى دون إختصاص الداخلى فيكفى أن يتحقق من أن النظام القانونى الأجنبى الذى تتبعه المحكمة التى أصدرت الحكم يعطيها ولاية الفصل فى المنازعة من الناحية الدولية ، دون بحث الإختصاص الداخلى ، النوعى، أو اخلى، لتلك المحكمة. فهذا الإختصاص تتكفل به قواعد القانون الإجرائى الداخلى للدولة الأجنبية. ويتعين على القاضى الوطنى أن يمنح الأمر بالتنفيذ طالما صدر الحكم من محكمة مختصة دولياً وفق قواعد الإختصاص الولى فى قانونها ، حتى ولو كانت غير مختصة محلها أو إقليمياً ، وهذا مالم يؤد عدم الإختصاص الداخلى إلى بطلان الحكم ، أو إنعدام قيمته كعمل قضائى مانح للحماية القضائية.

4 — هيررايه محدود رقابة الإختصاص الداخلى: ويرر عدم إشتراط الإختصاص الداخلى للمحكمة الأجنبية أن إخضاع ذلك الإختصاص لرقابة قاضى الأمر بالتنفيذ يتضمن ، من ناحية ، عدم الثقة فى القضاء الأجنبى ، ومن ناحية أخرى مجافاة حقيقة الواقع ، فالقاضى الذى ينظر دعوى الأمر بالتنفيذ ليس أكثر علماً بأحكام قواعد الإجراءات والإختصاص الأجنبية ، ولا أكثر حرصاً على تطبيقها على النحو السليم من القاضى الأجنبى الذى تخاطبه تلك القواعد ، وكذا الأطراف.

ثم إن رقابة الإختصاص الداخلى قد تكون مدعاة لرفض شمول الحكم الأجنبى بأمر التنفيذ ، خصوصاً إذا لم يتعرف القاضى الذى ينظر دعوى الأمر بالتنفيذ على ضابط الإختصاص أو خطأ فى فهم مضمونه، ولا يخفى مايشور مثلاً من خلاف ولغط حول فهم فكرة الموطن كضابط لكلا الإختصاصين القضائى والتشريعى.

5 — رقابة الإختصاص الدولى فقط هى القانونيون اليمين: والناظر فى القانون اليمين يدرك أن نص المادة (494) مرافعات يقصد الإختصاص الدولى دون الداخلى ، عندما تكلم عن إختصاص المحكمة الأجنبية التى أصدرت الحكم أو الأمر " طبقاً لقواعد الإختصاص القضائى الدولى فى قانونها"

والمقصود بالإختصاص هو الإختصاص القضائي الدولي للمحكمة الأجنبية دون الإختصاص الداخلي فيها ، إذ أن التطور الفقهي والقضائي في شأن هذا الأخير يذهب إلى أنه ليست كل مخالفة لقاعدة من قواعد الإختصاص الداخلي للمحكمة الأجنبية تؤدي إلى عدم صدور الأمر بالتنفيذ ، بل إن الذي يؤدي إلى ذلك هو المخالفة التي تجعل الحكم عديم القيمة في بلد القاضي الذي أصدره.

6 - الوقت الذي يعتمد فيه بالإختصاص الدولي: بينا فيما تقدم أن نظرية " تنازع الإختصاص القضائي المتحرك " تحتل مكاناً هاماً في مجال تنازع الإختصاص القضائي الدولي. وتبرز أهميتها أيضاً في مبحث تنفيذ الأحكام الأجنبية. فيثور التساؤل عن اللحظة التي يجب أن يتوفر فيها ضابط الإختصاص الدولي للمحكمة التي أصدرت الحكم المراد تنفيذه.

تذهب بعض النظم القانونية إلى إستلزام أن تكون المحكمة الأجنبية مختصة لحظة رفع الدعوى ، أمامها ، وأن يظل ضابط الإختصاص قائماً لحظة رفع دعوى الأمر بالتنفيذ . واستمرار إختصاص المحكمة الأجنبية على هذا النحو ، يبرهن على جدية توافر الإختصاص الدولي لها.

وفي رأي آخر يشترط لتوافر الإختصاص القضائي ، للمحكمة التي أصدرت الحكم المطلوب الأمر بتنفيذه ، ان يكون الإختصاص متوافر لحظة إصدار الحكم ، لاوقت رفع الدعوى التي صدر فيها الحكم .

7- العبرة بوقت رفع الدعوى أمام المحكمة الأجنبية: الرأي الراجح الذي أفصحننا عنه فيما تقدم ، أي تقرير الإختصاص الدولي للقاضي الأجنبي لا يخرج عن القاعدة العامة في تحديد وقت توافر ضابط الإختصاص في شأن الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية.

8- القانون الواجب التطبيق على شرط صحة الإجراءات القضائية: إذا كان شرط صحة الإجراءات القضائية من الشروط الأساسية للأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي وكان ذلك

الحكم قد صدر في دولة ، ويطلب تنفيذه في دولة أخرى فوقاً لقواعد القانون الإجرائي في أى الدولتين يجب تقدير توافر هذا الشرط من عدمه؟

يبدو أن اختصاص قانون الدولة التي أصدرت الحكم بأسمها هو الأولى بالتطبيق على مسائل صحة الاجراءات القضائية التي صدر في نهايتها الحكم المطلوب الأمر بتنفيذه.

وهذا التحليل يدعمه نص المادة (33) من القانون المدني اليمنى بقولها يرجع في قواعد الاختصاص والمسائل الخاصة بالإجراءات القضائية إلى قانون البلد الذى ترفع فيه الدعوى.

وخضوع صحة الإجراءات القضائية لقانون المحكمة التي أصدرت ذلك الحكم ، هي قاعدة ثابتة في القانون المقارن، ففي الحالتين يجب أن يعتد بالاختصاص القائم لحظة رفع الدعوى بطلب الحماية القضائية. بناء على ذلك ، وبخصوص تنفيذ الأحكام الأجنبية ، فإن تحديد الاختصاص الدولي للمحكمة الأجنبية بشرط للأمر بالتنفيذ أن ينظر إليه وقت رفع الدعوى التي صدر فيها الحكم المراد تنفيذه دون نظر إلى توافر الاختصاص لحظة طلب الأمر بالتنفيذ ، وذلك قيمة لفرصة التنفيذ الميسر للأحكام الأجنبية ، وضماناً لاستقرار المعاملات الخاصة الدولية وازدهارها.

ثانياً: شرط صحة الإجراءات القضائية:

1- النص التشريعي ومضمونه: يلزم للأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي كذلك ، أن يكون قد صدر بناء على إجراءات قضائية صحيحة، وقد عبرت عن هذا الشرط الفقرة التالية من المادة (494) من قانون المرافعات بقولها " لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي... "

2 - أن يكون الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم الأجنبي قد كلفوا بالحضور وتمثلوا أمام تلك المحكمة تمثيلاً صحيحاً"

وإيراد الشرط على هذا النحو ، لا يعبر عن حقيقة المراد ، وهو صحة الحكم من الناحية الإجرائية، وكذلك كفالة حق الدفاع لكل خصم . فقد يكلف الخصوم بالحضور ويكون هناك تمثيل قانوني سليم ، ولكن قد يكون هناك نقص أو عيب يشوب أحد الأعمال الإجرائية للخصومة القضائية ، على النحو الذى تقدم بيانه ، ومن ثم ، فإنه يلزم أن يكون الدعى عليه قد تم إعلانه على الوجه السليم ، وفق قانون البلد الذى أقيمت فيه الدعوى، وأن يكون كل خصم قد كلف الحضور فى الميعاد القانونى وتم تمكينه من إبداء دفوعه ، كما يلزم أن يكون الخصم ألقاصر أو عديم التمييز قد تم على النحو القانونى ، فإذا كان ميعاد التكليف بالحضور لم يراع فيه مواعيد المسافة اللازمه، ويترتب على ذلك عدم تمكين الخصم من إبداء دفاعه، أو كانت إجراءات الخصومة قد اتخذت فى مواجهة القاصر نفسه دون ممثله ، فإن الخُ معيباً ، مما يعرقل فى النهاية الأمر بتنفيذه ، هذا حتى ولو كان صحيحاً وفق قانون الخُ أصدرته.

ثالثاً: شرط حيازة الحكم قوة الأمر المقضى به:

1- النص التشريعي: تنص المادة (494) مرافعات في فقرتها الرابعة على أنه " لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي .: أن يكون الحكم أو الأمر قد حاز لقوة الأمر المقضى به وفقاً لقانون ذلك البلد الأجنبي، ويفيد هذا النص أمرين: الأول: قوة الأمر المقضى به ، الثاني: القانون الذي يتم بمقتضاه تحديد حيازة الحكم أو الأمر الأجنبي هذه القوة.

2- الفرق بين قوة الأمر المقضى به وحجية الأمر المقضى به:

أ- مفهوم ومضمون حجية الأمر المقضى به: إذا صدر الحكم القضائي فهو حجية بما فصل فيه ، فالحكم الذي فصل في منازعة يعتبر مطابقاً للحقيقة، بحيث يجوز الإحترام ، سواء من قبل المحكمة التي أصدرته، أو من قبل أية محكمة أخرى ، ما لم تكن هي المحكمة التي ينص القانون على الطعن فيه أمامها. فلا يجوز إعادة طرح ذات النزاع مرة أخرى للفصل فيه، فيجب عدم المساس بما قضى به الحكم فيما بين الخصوم بالنسبة لذات الحق محلاً وسبباً:

وفي المفهوم القانون الإجراءي اليمنى ، فإنه تثبت حجية الأمر المقضى به لكل حكم قطعي يحسم موضوع النزاع كله أو بعضه، حتى ولو كان قابلاً للطعن فيه بالطرق العادية كالمعارضة والإستئناف ، أى حتى ولو لم يكن نهائياً ، فهي تثبت للحكم من وقت صدوره.

ب- مفهوم ومضمون قوة الأمر المقضى به : أما قوة الأمر المقضى به ، فهي ليست صفة في الحماية القضائية التي يقرها الحكم القضائي، بحيث لا يجوز إعادة النظر فيه، بل هي صفة في الحكم ذاته، وتتعلق بمدى قابليته للطعن فيه بطرق معينه. فقوة الأمر المقضى به لا تثبت إلا للأحكام النهائية، أي التي استنفدت طرق الطعن العادية، والتي تكفل تلاًفي المفاجآت المترتبة على الغائه . ولكن يفور السؤال: هل يشترط للأمر بتنفيذ حكم أجنبي في اليمن أن يكون حائزاً حجية الأمر المقضى به ، أم يشترط ، فوق ذلك ، أن يكون متمتعاً ، كذلك ، بقوة الأمر المقضى به؟

ج - الوضع والمزايا لقوة وجبة الأمر المقضى به في القانون المقارن والقانون اليمني، هناك اتجاه قوى في الفقه المقارن يذهب إلى الاكتفاء بأن يكون الحكم الأجنبي متمتعاً بحجية الأمر المقضى به . أما في القانون اليمني فقد جاء بصريح نص المادة (494) فقرة 4 من قانون المرافعات أنه يلزم أنه يكون الحكم الأجنبي حائزاً لقوة الأمر المقضى به . أى يكون هائياً. فلا يكفي أن يكون قطعياً أى فاصلاً في موضوع النزاع فقط، بل يلزم، علاوة على ذلك أن يكون هائياً.

وإذا كان القانون اليمني قد تطلب حيازة الحكم أو الأمر الأجنبي قوة الأمر المقضى به ، فإنه لم يخرج بذلك ، عن المعمول به في القانون المقارن ، وهذا الحل التشريعي لا يخلو من المزايا التالية:

فهو أولاً، يتفق مع مقتضيات الأمان القانوني وضمان إستقرار الروابط القانونية التي تنمو عبر الحدود. فلا شك أن الحكم القطعي غير النهائي يقرر الحماية القضائية، ولكن تلك الحماية تظل قلقة، مادام الحكم الذي قررها يقبل الطعن فيه بطريقة طعن عادي ، فهي تزول إذا الغي الحكم أو قضى بطلانه. ولاتأكد تلك الحماية إلا إذا أضحى الحكم هائياً. فنهائية الحكم تكفل إستقرار الحماية ، وبالتالي يمكن وضعها موضوع التنفيذ.

ثانياً، أنه يتفق مع مقتضيات المنطق القانوني ، والإتساق الواجب للحلول الإجرائية، فالحكم الأجنبي ، بحيازته حجية الأمر المقضى به تتوافر له درجة من الثبات توفر الإستقرار اللازم للحقوق والمراكز القانونية التي يحميها.

3- القانون الذي يحكم قوة الأمر المقضى به:

أ - اختصاص قانون المحكمة الأجنبية التي أصدرته الحكم :

وهذا مانص عليه المقتن اليمني صراحة عندما قرر ضرورة حيازة الحكم أو الأمر الأجنبي قوة الأمر المقضى به طبقاً لقانون المحكمة التي أصدرته. وهنا لم يخالف المقتن مقتضيات المنطق

القانوني ، الذي التزمه عندما أخضع كما سلف ، تحديد الاختصاص الدولي للمحكمة الأجنبية للقانون الذي تعمل تلك المحكمة في ظله .

وطالما كان قانون المحكمة الأجنبية ، التي أصدرت الحكم المطلوب الأمر بتنفيذه ، هو المختص بتحديد حيازة الحكم قوة الأمر المقضى به من عدمه ، فإنه يرجع إلى ذلك القانون لمعرفة وبيان مفهوم قوة الأمر المقضى ونطاقها ، ومفهوم هائية الحكم ، واكتسابه الصفة التنفيذية . وهل قابليته للطعن فيه بطرق الطعن العادية تخلع عنه تلك الصفة وبالتالي تمنعه من حيازة قوة الأمر المقضى ، كما هو الحال في القانون اليميني أم إن هائية الحكم ، وحيازته قوة الأمر المقضى لها ، مفهوم مختلف عنه . ومن هذا المنطلق لا يمكن القول بصدد الأحكام الأجنبية أنها تعتبر هائية وتحوز قوة الأمر المقضى به إن كانت لا تقبل الطعن بالطرق العادية . كالمعارضة والإستئناف ، لأن هذا هو مفهوم القانون اليميني ، والذي قد لا يتطابق مع مفهوم القانون الإجرائي للمحكمة الأجنبية ، التي أصدرت الحكم المطلوب الأمر بتنفيذه .

إن إلزام القاضي إحترام الفقرة (4) من المادة (494) من قانون المرافعات اليميني الذي يقرر أن حيازة الحكم الأجنبي قوة الأمر المقضى يتم تحديدها " طبقاً لقانون المحكمة التي أصدرته " يستلزم الرجوع إلى هذا القانون الأخير في كل ما يتعلق بوصف الحكم وقابلية للتنفيذ وتحديد قوة الأمر المقضى به .

وأجاء شرط عدم معارضة الحكم الأجنبي مع حكم يميني سابق .

1- أهمية الشرط وحلته اقتضائه:

* مفهوم النص التشريعي: تقضى المادة (494) مرافعات في فقرتها السابقة بأنه لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي ... "6" ألا يعارض السند التنفيذي الأجنبي مع حكم سبق صدوره من المحاكم اليمينية . والمراد هنا الحكم الصادر في ذات الدعوى .

ولا يبدو تطلب المقتن هذا الشرط غريباً ، إذا فهمنا طبيعة القواعد المنظمة لقواعد الاختصاص القضائي الدولي في عمومها . فهذه القواعد هي من ناحية قواعد مفردة الجانب ، وهي من ناحية أخرى قواعد داخلية ذات مصدر وطني ، وإن كانت ذات مضمون دولي وكلا الخصيصتين تعملان على تحقيق هدف مشترك : الإهتمام بالنظام القانوني الوطني ، وتفضليه وتقديمه على غيره عند الإقتضاء . فالمقتن لا يعمل إلا على تحديد عمل سلطته القضائية ، غير عابه في ذلك بأية سلطة قضائية أجنبية ، فالسلطة القضائية الوطنية تعتبر إحدى السلطات العامة الرئيسية ، وتشكل أحد مظاهر السيادة في الدولة . ويبني على ذلك أن العمل الذي يصدر عنها يكون له الأولوية على أي عمل صادر عن سلطة أجنبية ماثلة .

ولا يخرج الشرط محل الحديث عن هذه القاعدة . فالصفة الأجنبية للحكم أو الأمر الأجنبي ، المطلوب الأمر بتنفيذه في اليمن تختم على القاضي الوطني أن يتأكد من عدم تعارض هذا الحكم أو الأمر ، مع حكم أو أمر سبق أن أصدرته المحاكم اليمنية في ذات النزاع ، فإذا تبين وجود هذا التعارض وجب عليه رفض الأمر بالتنفيذ باعتبار تنفيذ الحكم الأجنبي في هذه الحالة يتعارض مع حجج المقتضى به التي كفلها القانون للأحكام الوطنية . وليس من أن تقدر هذه الحجج لمصلحة حكم صادر من محكمة دولة أجنبية . كما أن الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي ، وإهمال الحكم اليمني المتعارض معه يعني أن القضاء الأجنبي أقدر على أداء العدالة من القضاء اليمني ، وهو ما ينال من مصداقية هذا الأخير ، ويتبدى بهيئته . ومن الجدير بالذكر أن هذا الشرط لم يغيب عن إهتمام القوانين المقارنة .

2- كونه إجتهاداً شرط محله تعارض الحكم الأجنبي مع حكم يجر سابقاً .

إن جوهر الشرط محل الحديث هو تعارض الحكم الأجنبي المطلوب الأمر بتنفيذه مع حكم يجر سابق صادر في ذات النزاع ، وعادة يكون التعارض في مضمون الحل الموضوعي للنزاع الذي كرسه الحكم الأجنبي والحكم اليمني . فالحكم الأجنبي القاضي بأحقية الزوجة في النفقة ، يتعارض مع الحكم اليمني الذي يبرئ ذمة الزوج من التزام النفقة لكون الزوجة ناشراً

ليست في طاعة الزوج . والحكم الأجنبي المقرر لصحة الوصية والمنزوم للورثة بتسليم المال الموصى به إلى الموصى له ، يتعارض مع الحكم الذي قضى ببطالان الوصية.

ومن ثم فإن فكرة التعارض فكرة موضوعية يترك أمر تقديرها لقاضي الموضوع وفقاً لظروف وملابسات كل حكم على حدة ، و لا أهمية للحظة صدور أى الحكمين . فسواء أكان الحكم الأجنبي هو الأسبق أم الحكم اليمنى ، وفي جميع الأحوال يفضل الحكم الوطنى اليمنى ، ويتعطل العمل بالحكم الأجنبي .

فمن ناحية، إذا كان الحكم الوطنى هو الأسبق فى الصادر فيكون هو الأولى بالأحترام حفاظاً على الحقوق المكتسبة التى قررهما، ومن ناحية ثانية ، إذا كان الحكم الوطنى هو اللاحق فى الصادر على الحكم الأجنبي ، فهو الأولى بالأعتبار حتى فى هذه الحالة ، لأنه كان من الواجب على المحكوم ضده أن يتمسك ، فى الوقت الملائم ، بسابقة الفصل فى الدعوى ، أى بحجية الحكم الأجنبي أمام القضاء اليمنى ، أما وقد فاتته ذلك ، فلا مجال لأن يضحى بالحكم الوطنى.

ومهما يكن من أمر هذا التحليل ، فإنه يبدو أن هذا ماقررتة بعض أحكام القضاء الأجنبي ، ويؤيده الفقه .

3- هل يشترط وجود حكم يمنى سابق أم وجود دعوى قائمة فى اليمنى؟

أ- القاعدة العامة ، العبرة بوجود حكم لا بوجود دعوى منظورة فى اليمنى:

فمن ناحية أولى نرى مع الرأى الغالب أن مجرد قيام الدعوى التى فصل فيها الحكم الأجنبي أمام القاضى اليمنى ، لا يمنع الأمر بالتنفيذ ، خصوصاً فى ظل الرأى الذى نناصره من ضرورة قبول الدفع بالأحواله لقيام ذات النزاع أمام قضاء دولتين. إذ سيكون من غير الملائم أن نسمح للمحاكم اليمنه بالتدخل عن نظر الدعوى مجرد قيامها ورفعها أمام قضاء دولة

أجنبية بناء على الدفع بالأحالة ، أى نعترف بمجرد إجراءات قائمة فى الخارج ، ولا نسمح لها من باب أولى أن نعترف بحكم قضائى أجنبى سبق أن فصل فى ذات الدعوى المرفوعة أمامها .

وطالما أن بعض القوانين تبين الدفع بالأحالة السالف بيانه، فإن القضاء فيها لا يابى- بوجود دعوى قائمة أمامه، بل يأمر بتنفيذ الحكم الأجنبى، ومن هنا فليس من الغريب أن نجد أحكام محكمة النقض الفرنسية تؤيد رأى الذى نناصره . فقد قضت فى أحد أحكامها بأن دعوى التطبيق التى ترفعها سيدة أمام القضاء الفرنسى لا تحول دون أن يفصل القاضى الفرنسى فى دعوى الأمر بتنفيذ حكم التطبيق الأجنبى الذى صدر بناء على دعوى رفعها الزوج فى الخارج .

ومن ناحية ثانية ، فإن رفض الأمر بالتنفيذ فى الفرض محل الحديث ينطوى على مصادرة على المطلوب . فالرفض هنا لا يمكن تبريره قانوناً إلا بافتراض أن الحكم الذى ستنهى به الدعوى المرفوعة أمام المحاكم سيكون بالضرورة ، متعارضاً مع الحكم الأجنبى المطلوب الأمر بتنفيذه . وهذا أمر غير مقبول لا يتفق مع اليقين القانونى ، و تيسير العلاقات . ومن ناحية ثالثة، فإن رأى المعارض يصطدم بصريح نص الفقرة الرابعة من المادة (494) التى تنكلم عبارته عن " حكم سبق صدوره " إذ كيف نسوى بين "حكم" ومجرد إجراءات أو دعوى منظورة قد تسفر عن حكم فى الموضوع ، أو أى حكم آخر غير قابل للتنفيذ الجبرى .

ومن ناحية أخيرة ، فإن إعتبرات محاربة الغش والتحايل فى مجال قواعد الإختصاص القضائى الدولى تقود إلى ضرورة شمول الحكم الأجنبى بأمر التنفيذ . فلا مرأى فى أن رفض منح الأمر بالتنفيذ سوف يدع مجالاً لتحايل من صدر ضده الحكم الأجنبى . إذ سيكفيه أن يسارع إلى رفع الدعوى ، بذات النزاع ، أمام المحاكم اليمنيه ، حتى يعرقل ويعوق الأمر بتنفيذ الحكم الصادر ضده .

2- الاستثناء المقرر للقضاء اليمني بوقف الفصل في دعوى الأمر بالذخيرة المحصنة الأجنبية ومبرراته .

وإذا كانت العبرة أساساً بوجود حكم يمتنع سابق ، يتعارض معه الحكم الأجنبي ، حتى يتعطل الأمر بتنفيذ هذا الأخير . وكانت الخشية من التحايل والغش تقف وراء ذلك ، فإن ذات التطبيق يقودنا إلى القول، بأنه إن تأكد القاضي اليمني من انقضاء أية شبهة تحايل أو غش نحو تعطيل أو عرقلة الحكم الأجنبي وكانت هناك دعوى قد رفعت أمام القضاء اليمني ، من ذات الأطراف متعلقة بذات الحق محلاً وسبباً ، وقيل صدور الحكم الأجنبي ، كان للقاضي اليمني إستثناء على القاعدة السابقة، أن يوقف الفصل في دعوى الأمر بالتنفيذ مترتباً ما تسفر عنه تلك الدعوى . وتلك رخصة له إن شاء إستعملها أو هجرها . ووجه انقضاء شبهة التحايل والغش هنا يتمثل في أن الدعوى المنظور أمام القضاء اليمني قد رفعت قبل أن ترفع الدعوى أمام المحاكم الأجنبية وقبل أن يصدر الحكم المراد الأمر بتنفيذه . وهذا الإستثناء لا يتناقض مع سبق قوله من ضرورة الأخذ بالدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية ، لأنه طالما كانت الدعوى قد رفعت أولاً أمام القضاء اليمني ، فهذا يعني وجود مبررات قوية تتمثل فيما يلي:-

1- أنه كان يجب على القضاء الأجنبي ، الذي أصدر الحكم المطلوب الأمر بتنفيذه في اليمن ، أن يحيل الدعوى للقضاء اليمني المختص أولاً ، كما هو الحال في شأن أعمال الدفع بالإحالة عموماً.

2- إن المحاكم اليمنية قد قطعت شوطاً كبيراً في سير الدعوى ، وهو ما يجعلها أجدر بالإستمرار فيها حتى هائيتها . وهو المعيار الذي أخذنا به ، من قبل ، من أن الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين يجب التمسك به أمام المحكمة التي لم تكن قد قطعت شوطاً بعيداً في تحقيق الدعوى وشارفت على الفصل فيها.

3- طالما أن الحكم الأجنبي قد صدر فعلاً ، فقد كان من الواجب التمسك أمام القضاء اليمني بسابقة الفصل فى النزاع ، أى بحجية الحكم الأجنبي . أما وقد تقاعس الخصوم فى ذلك ، وكان القضاء اليمني مثلاً لم يستقر بعد على التسليم بحجية الأمر المقضى به للأحكام الأجنبية ، فإنه لا تشريب عليه إن هو أجل البت فى دعوى الأمر بالتنفيذ حين الفصل فى الدعوى المرفوعة أمامه .

فكان مناط أعمال الإستثناء ، الذى نقول به فى القانون اليمني هو أسبقية رفع ذات الدعوى أمام القضاء اليمني . فإن كانت قد رفعت أولاً فى الخارج ، وصدر الحكم فيها المعروض أمام القضاء اليمني ، كان على هذا الأخير ، أن يسير فى دعوى الأمر بالتنفيذ ، حتى فائتها ويفصل فيها بمنح الأمر أو رفضه . و رأينا هذا يدعمه القانون المقارن ، ليس لدى الدول التى تأخذ بالدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية فحسب ، بل أيضاً لدى الدولة التى لا تعترف بذلك الدفع .

4- فرض تعارض حكمين أجنيين مطلوب الأمر بتنفيذهما فى اليمن ،

الإتجاه الأول فى العبرة بالحكم الأسبق ، يتجة جانب من التشريعات الحديثة إلى أن العبرة بالحكم الأسبق فى تاريخ الصدور من المحاكم الأجنبية ، متى إستجمع الشروط اللازمة لمنح الأمر بالتنفيذ .

الاتجاه الثانى الراجع العبرة بأسبقية رفع الدعوى . و يبدو أن الأقرب إلى الصواب هو إن العبرة بأسبقية رفع الدعوى التى صدر فيها الحكم الأجنبي بالمقارنه بالحكم الأجنبي الآخر .

وسنجدنا فى ذلك الاعتبارات التالية :-

فمن ناحية أولى: لن يكون هناك أدنى شبهة للتحابل من جانب أحد الخصوم ، فمن يرفع دعواه أولاً ، هو الطرف الأكثر حاجة ، عادة ، إلى الحماية القضائية . وهو حينما يرفع

دعواه لا يعتقد ، غالباً ، أن الخصم الآخر سوف يرفع ذات الدعوى لدى قضاء آخر ، وهو ما يفي شبهة التحايل عنده.

ومن ناحية ثانية : فإنه مع تزايد الأخذ بنظرية الإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين في المجال الدولي ، يكون من الواجب على المحكمة التي رفعت إليها ذات الدعوى مؤخراً أن توقف الفصل فيها وتحيلها إلى المحكمة التي رفعت إليها أولاً. فإن لم تفعل كان حكم تلك الأخيرة ، هو الأحق بالإعتبار ، فهو الحكم الصادر عن محكمة تريثت في تحرى الحقيقة ، وقصدت إدراك وجه العدالة . وهذا يتمشى مع الإستثناء الذي أوردناه مثلاً بخصوص شرط عدم تعارض الحكم الأجنبي مع حكم سابق ، ومن ناحية أخيرة ، فقد رأينا فيما يتعلق بالفرض حيث يطلب الأمر بتنفيذ حكم أجنبي في ذات الوقت الذي توجد فيه دعوى قائمة ، بين نفس الخصوم ومتعلقة بذات الحق محلاً وسبباً ، أمام القضاء الوطني أن التشريعات الحديثة ، التي ذكرناها ، لا ترفض الأمر بالتنفيذ أو لا تؤجل البت في منح ذلك الأمر ، إلا حيث تكون الدعوى القائمة أمام القضاء الوطني قد رفعت قبل رفع الدعوى التي صدر فيها الحكم المطلوب الأمر بتنفيذه . أما إن كانت تلك الدعوى الوطنية قد رفعت في تاريخ لاحق على الدعوى التي صدر فيها الحكم المطلوب الأمر بتنفيذه، فإن شبه التحايل لا يمكن غض النظر عنها ، وبالتالي ، يأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي رغم وجود ذات الدعوى أمام القضاء الوطني.

وحتى إن نظرنا إلى لحظة صدور أي الحكمين الأجنبيين وأسبقته في ذلك ، فإن رأينا السابق يدعم التفرقة ما بين الفرضين التاليين:-

الفرض الأول: أن يصدر الحكم من المحكمة الأجنبية ، التي رفعت إليها الدعوى أولاً قبل صدور الحكم الأجنبي الأخير.

وبالتالي تكون الأفضلية للحكم الأول من ثلاثة وجوه: الوجه الأول: باعتباره الحكم الصادر من المحكمة التي بدأت الإجراءات ، ورفعت الدعوى إليها أولاً: الوجه الثاني: كونه

الحكم الصادر من المحكمة التي انتهت أمامها الإجراءات ، وفصل في الدعوى به وقبل صدور الحكم الأجنبي الآخر.

الوجه الأخير، إنه الحكم الذي كان يمكن التمسك به والدفع بسابقة الفصل في الدعوى ، أى بحجية الأمر المقضى به ، أمام المحكمة الأجنبية التي اختصت في تاريخ لا حق.

الفرض الثاني: أن يصدر الحكم من المحكمة الأجنبية ، التي رفعت إليها الدعوى أولاً بعد صدور الحكم الأجنبي الآخر. وهنا أيضاً يفضل ذلك الحكم ، وذلك للإعتبارين التاليين:

فمن ناحية، أنه الحكم الصادر بناء على إجراءات متأنية يتم عادة ، بحثاً عن عدالة حقيقية، بالمقارنة بالحكم الأول . ومن ناحية ثانية ، أن الحكم الأجنبي الآخر الذي صدر أولاً ، وحيث رفعت الدعوى ، التي صدر فيها ، في تاريخ لا حق على الدعوى الأخرى السابقة ، قد لا يعكس فقط تحايلاً وغشاً لا يمكن إنكاره ، بل كذلك خروجاً على مبدأ قبول الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية .

خامساً: شرط عدم تعارض الحكم الأجنبي مع النظام العام في اليمن.

1- وظائف النظام العام عموماً: بينا فيما تقدم أن فكرة النظام العام تحتل مركزاً خاصاً في القانون الدولي الخاص وفيما يتعلق بقواعد الإختصاص القضائي الدولي يمكن أن نميز بين وظيفتين لهذه الفكرة:

الوظيفة الأولى: الوظيفة التوجيهية الاستنادية : وتقترب من دور فكرة النظام العام في القانون الداخلي من حيث إتصالها أساساً بالقاعدة القانونية . وقد رأينا أن النظام العام بهذا المعنى في شأن الإختصاص القضائي الدولي " النظام العام الإجرائي " جوهره وأساسه البحث في مدى تعلق القواعد المنظمة لذلك الإختصاص بالنظام العام و النتائج التي تترتب على ذلك من حيث مدى جواز سلب الإختصاص ، ومدى سلطة أطراف المنازعة الخاصة الدولية في الخروج على تلك القواعد .

وتلك الوظيفة تجعل الإسناد والإختصاص دائماً لقانون القاضى ، وهو إختصاص عساذى لا إستثنائى .

أما الوظيفة الذاتية ، فهى وظيفة حمائية ، وهى تعود بفكرة النظام العام إلى معناها الفنى المعروف فى نطاق القانون الدولى الخاص باعتباره " دافعاً أو أداة فنية" تحول دون تطبيق القانون الأجنبى المخالف للنظام العام الوطنى .

و إذا كان المجال الطبيعى للدفع بالنظام العام هو نظرية تنازع القوانين فإنه لا يحرم دوره فى مجال تنازع الإختصاص القضائى الدولى ، ففى شأن تنفيذ الأحكام الأجنبية قد يلجأ القاضى ، الذى ينظر دعوى الأمر بالتنفيذ ، إلى إستعمال الدفع بالنظام العام حتى يحول دون تنفيذ الحكم إذا كان ماقضى به يتعارض مع المبادئ الروحية والإقتصادية والإجتماعية التى يقوم عليها مجتمع دولته .

2- مضمون الدفع بالنظام العام فى مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية :

أ- النص التفرىعى فى اليمن والقوانين المقارنه: والإجماع على تطلب هذا الشرط إستلزم القانون اليمنى فى الفقرة الأول من المادة (494) من قانون المرافعات فى الحكم الأجنبى المراد تنفيذه فى اليمن ألا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية وقواعد النظام العام أو الآداب العامة".

وتكاد تجتمع التشريعات المعاصرة على تطلب هذا الشرط . فيعتبر الحكم الأجنبى مخالفاً للنظام العام اليمنى ، وبالتالي لا ينبغى إعتبره ويرفض الأمر بتنفيذه إذا كان متعارضاً مع المبادئ الأساسية الإقتصادية والإجتماعية والروحية لجمتمع دولة القاضى . كالحكم الصادر ضد زوجة مسلمة ملزماً إياها بالطاعة والعودة إلى منزل زوجها غير المسلم ، وفى معظم الحالات نجد أن الحكم المراد شموله بأمر التنفيذ يكون متعارضاً مع النظام العام إذا كان قد طبق قانون مخالفاً فى أحكامه الموضوعية ، لإعتبرات ومقتضيات النظام العام ، وهذا أمر مسلم به .

فمضمون الحكم هو تجسيد للنصوص القانونية الواجبة التطبيق على موضوع الدعوى التي صدر فيها ، ففي المثال السابق نجد أن الحكم الذي يلزم الزوجة بالطاعة ماهو إلا ترجمة للقانون المطبق والذي يبيح زواج المسلمة من غير المسلم . و مع ذلك فإن الأمر بالتنفيذ قد يرفض بالنسبة للحكم الأجنبي رغم أن القانون الذي طبقه لا ينطوى على أية مخالفة لمقتضيات النظام العام ، إذا كان الحكم في ذاته كعمل قضائي يخالف هذه المقتضيات ، وهذه هو فرض الحكم الأجنبي الذي يصدر بناء على إجراءات قضائية غير سليمة ترتب عليها الاخلال بحقوق الدفاع ، ومبدأ المساواة بين الخصوم . ولهذا نجد الفقه الفرنسي ، منذ عهد بعيد ، يعالج شرط صحة الإجراءات القضائية تحت مبحث النظام العام ، على أساس أن الأمر تعلق في النهاية بمقتضيات العدالة وحسن إدارة القضاء ، وهي من صميم فكرة النظام العام. على أنه يجب الحذر عند تحري مخالفة إعمال القانون الأجنبي ، الذي طبقه الحكم المطلوب الأمر بتنفيذه ، لمقتضيات النظام العام في دولة قاضي التنفيذ ، حيث أن التساهل في الأمر يمكن أن يؤدي إلى الرفض الآلي للأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية ، بحجة أن تلك الأحكام لم تراعى العدالة ولم تتحرر وجه الحقيقة ، وفي ذلك عود غير محمود لنظام المراجعة الذي هجرته التشريعات المعاصرة .

ب- وضع الحكم الأجنبي التعارض من الأسباب: مما لا شك فيه أن بيان الأسباب من شروط صحة الحكم القضائي وتخلفها أو القصور فيها يستتبع بطلان الحكم في النظام القانوني الداخلي. إلا أن الوضع يختلف إذا انتقلنا إلى المجال الدولي . وهذا ما قضى به القضاء الفرنسي ، وعليه فلا يعتبر مخالفا للنظام العام اليمنى خلو الحكم الأجنبي من التسبب أي بيان الأدلة الواقعية والأسانيد القانونية التي بنى عليها القاضي حكمه وذلك تيسيراً لإزدهار العلاقات الدولية.

ج - الحد من إعمال المدعى بالنظام العام والاعتقال في استعماله: وحيث أن للقاضي الذي ينظر دعوى الأمر بالتنفيذ أن يرفض الأمر بالتنفيذ ، لتعارض الحكم مع النظام العام الوطني ، إلا أنه يجب ألا يتوسع في إعمال هذا الدافع . ففي نطاق تنازع القوانين ، من المستقر عليه أن القاضي يتقيد في إعمال الدفع بالنظام العام ، بعدة قيود يفرضها فرض

التعايش المشترك للنظم القانونية في الدول المختلفة ، ويقطع كل بادرة لارساء روابط التبادل والتعاون القانوني بين الإنظمة المختلفة. وازدهار العلاقات عبر الحدود.

وهذا المبدأ يجب إتباعه في خصوص تنفيذ الأحكام الأجنبية ، فيجب حصر إعماله ، لرفض الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي في أضيق نطاق . وينبئ على ذلك قبول فكرة الأثر المخفف للنظام العام في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية. فإذا كان الدفع بالنظام العام يحول دون نشأه الحق لأول مرة في نطاق النظام القانوني الوطني ، فلا يحول دون الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي الذي يعترف بهذا الحق مادام قد نشأ في الخارج هذا الحق ، فمثلاً بالنسبة للتطبيق في القانون الفرنسي. فقبل عام 1884م كان التطبيق غير مباح في فرنسا ، فإذا كان من غير الممكن الحصول على حكم بالتطبيق ، لأول مرة في فرنسا فإنه على العكس إذا حكم بالتطبيق في الخارج أمكن الاعتراف ببعض آثار الحكم الأجنبي الذي قرر التطبيق. ومن تطبيقات القضاء أيضاً في الدول الإسلامية موضوع الدعوى بين زوج مصري وزوجته الفرنسية المتعلق بالطلاق ، لايعتبر متعارضاً مع النظام العام الفرنسي ، ويمكن شموله بأمر التنفيذ ، مادام قد وقع الطلاق في الخارج وفقاً للشروط القانونية التي يقررها أحكام القانون الواجب التطبيق على الدعوى و هو القانون المصري .

3- الوقتية المعتبرة في اعتبار الحكم مخالفاً للنظام العام وأثاره : مما لا شك فيه أن فكرة النظام العام خصوصاً في القانون الوضعي هي فكرة مرنة ووظيفة متغيرة ، تختلف باختلاف الزمان والمكان . ومن المستقر عليه، في صدد تنازع القوانين ، أن القاضي المختص يقدر مقتضيات النظام العام الوطني ، بالنظر إلى وقت رفع النزاع إليه ، لا وقت نشوء العلاقة أو الرابطة القانونية ذات الطابع الدولي التي يتولد عنها الحق أو المركز القانوني محل النزاع . وحالية النظام العام ، بهذا المعنى لا تقتصر على تنازع الاختصاص التشريعي ، بل تمتد إلى تنازع الاختصاص القضائي الدولي ، وبالذات بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية ، وبالتالي فإن اللحظة التي يجب أن يحدد فيها القاضي مفهوم النظام العام هي وقت الفصل في دعوى الأمر بالتنفيذ ، لا وقت صدور الحكم الأجنبي محل التساؤل.

ومن الواضح أن هذا الحل يتفق من ناحية مع كون فكرة النظام العام فكرة مرنة ومعيارية متطورة، ومن ناحية أخرى ، مع إعتبار أن الهدف ، ليس التحقق من أن الحكم قد فصل في النزاع على نحو سليم من الناحية الموضوعية ، وإنما هو التحقق من أن الحكم المراد تنفيذه، لا يتعارض مع المبادئ الأساسية المستقرة في ضمير مجتمع دولة القاضى . وعليه يجب أن تقدر مقتضيات النظام العام في اللحظة التي يحدث فيها هذا التعارض ، وهي لحظة الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي ، والاعتراف بآثاره في داخل النظام القانونى الوطنى. ويدعم هذا الحل أحكام القضاء، وكذا الفقه الراجح في معظم دول العالم.

أما آثار الدفع بالنظام العام فتختلف آثار الدفع في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية عنه في نطاق تنازع القوانين ، حيث إن الدفع بالنظام العام في مجال تنفيذ الأحكام لا يرتب إلا أثراً واحداً ، وهو عدم الاعتراف بالحكم الأجنبي عن طريق رفض الأمر بتنفيذه.

فإذا رفض قبول الحكم بالأمر بالتنفيذ ، فلا يمكن إحلال حكم آخر محله ذى مضمون يتفق ومقتضيات النظام العام الوطنى، ولا يطبق قانوناً آخر غير القانون الذى طبقه الحكم الأجنبي ، الذى رفض الأمر بتنفيذه. هذا ما لم نكن بصدد نظام المراجعة في تنفيذ الأحكام الأجنبية .

ورفض الأمر بالتنفيذ يتصل أكثر بمضمون الحكم الصادر في دعوى الأمر بالتنفيذ ، وهو ما نتناوله في الفرع التالى:-

الفرع الثالث

مضمون الحكم في دعوى للحكم الأجنبي الأمر بالتنفيذ

أولاً : مضمون الحكم القضائي عموماً: إن مضمون الحكم الصادر في موضع الخصومة لا يخرج عن أحد أمرين: إما أن يصدر في صالح المدعى ، أو يصدر في غير صالحه مقررًا رفض طلباته في مواجهة خصمة ، وتمنح الحماية القضائية هنا للمدعى عليه.

ومن هنا لا يخرج دعوى الأمر بالتنفيذ عن هذا الأصل العام . فإذا رفعت الدعوى وفقاً للإجراءات السابق بيانها ، فإن الحكم فيها إما أن يقضى بشمول الحكم الأجنبي بأمر التنفيذ ، أو برفضه .

الفرض الأول: منع الأمر بالتنفيذ للحكم الأجنبي :

1- منع الأمر بالتنفيذ والامتناع عن المساس بالحكم : إذا تأكد القاضي المعنى من توافر الشروط اللازمة لصحة الحكم الأجنبي ، من الوجهة الدولية ، كما أوردها المادة (494) من قانون المرافعات فإنه يقضى بشمول الحكم الأجنبي بأمر التنفيذ وشموله بالصيغة التنفيذية.

وفي سبيل تحقق القاضي من توافر تلك الشروط ، لا يجب عليه أن يضيف أو يعدل في مضمون الحكم الأجنبي ، حتى ولو اضطر إلى إتباع نظام المراجعة إعمالاً لمبدأ المعاملة بالمثل أو التبادل . فقد رأينا فيما تقدم أن موضوع دعوى الأمر بالتنفيذ هو الحكم الأجنبي ذاته بطلب تنفيذه، لا الحق أو المراكز القانوني ، المتولد عن العلاقة ذات العنصر الأجنبي الذي فصل فيه هذا الحكم الأخير .

2- منع الأمر بالتنفيذ لا يطرح من الحكم صفة الأجنبية: فإذا أصدر القاضي الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي وشمله بالصيغة التنفيذية ، فإن الحكم لا تتخلع عنه صفة الأجنبية . فقد بينا أن الأمر بالتنفيذ منهو إلا تأشيرة سريان الحكم الأجنبي ، والإعتراف به ، في النظام

القانونى الوطنى . فليس من المقبول القول بأن الحكم الأجنبى يتجنس بالصفة الوطنية ويصح بعد الأمر بتنفيذه حكماً وطنياً.

فيبقى الحكم الأجنبى محتفظاً بصفته تلك وإذا أمر القاضى بتنفيذه ، فهو الذى يصح واجب النفاذ ، وهذا القول يستند أن القاضى الذى ينظر دعوى الأمر بالتنفيذ ، ليس له أن يعدل بالزيادة أو النقص فى مضمون الحكم الأجنبى . محل التنفيذ.

3- الأمر بالتنفيذ وشموله والصيغة التنفيذية: ويترتب على منح الحكم الأجنبى الأمر بالتنفيذ ، أن يصبح له القوة التنفيذية ، وهذه الأخيرة لا توضع موضع الاعمال الفعلى ، إلا بعد أن يشمل أو يزيل الحكم بالصيغة التنفيذية . فيجب التفرة إذن بين الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبى ، وشموله بالصيغة التنفيذية.

فالأمر بالتنفيذ هو الذى يترتب على دعوى الأمر بالتنفيذ ، وأما وضع الصيغة التنفيذية فهى نتيجة لاحقة للأمر بالتنفيذ ، فالأمر بالتنفيذ هو الضوء الأخضر للإعتراف بالحكم الأجنبى وتنفيذه، ووضع الصيغة التنفيذية هو الإجراء اللاحق والضرورى ، حتى يمكن إتخاذ إجراءات التنفيذ الجبرى التى يقتضيها الحكم .

وتكون الصيغة التنفيذية ، التى يشمل بها الحكم ، كالتالى وعلى الجهة التى يناط بها التنفيذ أن تبادر إليه متى طلب منها ، وعلى السلطات المختصة أن تعين على إجرائه باستعمال القوة متى طلب إليها ذلك .

4- القانون الواجب التطبيق لملى إجراءات وطرق التنفيذ للمحك الأجنبى ، وتخضع إجراءات التنفيذ وطرقه لقانون البلد الذى تنظر محاكمها دعوى الأمر بالتنفيذ ، وذلك لأن مقتضى الأمر بالتنفيذ هو تدخل السلطات العامة لوضع مضمون الحكم موضع التنفيذ الفعلى ، ولاشك أن الشكل الذى يستلزم تدخل تلك السلطات ، ووسائلها فى إجبار المحكوم عليه ،

وطرق التنفيذ على الأموال هي من صميم إجراءات البوليس والأمن العام ولا يتصور بشأنها تطبيق قانون أجنبي .

5- القانون الذي يحكم مدى القوة التنفيذية للحكم الأجنبي ونتاجه ، ويخضع كذلك لقانون المحكمة التي منحت الأمر بالتنفيذ تحديداً مدى القوة التنفيذية التي يتمتع بها الحكم الأجنبي بعد الأمر بتنفيذه . ويترتب على ذلك عدة نتائج:

فمن ناحية ، أن القوة التنفيذية لا تكون للحكم الأجنبي إلا من الوقت الذي يصدر فيه الأمر بالتنفيذ ، و من ناحية أخرى أن الحكم الأجنبي لا يمكن أن ينتج في بلد التنفيذ آثاراً أكثر من تلك التي يرتبها في البلد التي صدر فيها ، ولا تكون له إلا القوة التنفيذية التي تتمتع بها الأحكام الوطنية ، لأن الأمر بالتنفيذ لا يعطيه إلا القوة التنفيذية التي تلحق بهذه الأخيرة .

6- مسير التأمينات أو ضمانات التنفيذ للحكم الأجنبي ، وحيث أن الحكم الأجنبي لا يرتب في الدولة محل التنفيذ آثاراً أوسع من تلك التي يمكن أن يرتبها في البلد التي صدر فيها ، وكانت القوة التنفيذية تلحق فقط بمضمون الحكم الأجنبي ومنطوقه ، فكيف نوفق بين هذين الإعتبارين في الفرض الذي يكون فيه الحكم الأجنبي قد صدر مقترناً بتأمين معين وكان هذا التأمين غير معروف في دولة التنفيذ؟

فمن الملاحظ أن بعض التشريعات تعرف ما يسمى بتضمينات التنفيذ ، وهي التأمينات التي تقرر على أموال المحكوم له . فيصدر الحكم مقروناً مثلاً بالرهن القضائي ، كما هو الحال في القانون الفرنسي، أو بتقرير التضامن بين المدينين المحكوم عليهم في القانون الإنجليزي.

وبالتالي فإن مثل هذه التأمينات يجب الاعتراف بها إذا كانت قد تقرر و صدر بها الحكم وفقاً لأحكام القانون الواجب التطبيق على موضوع الدعوى ، كما عينته قاعدة الإسناد في قانون المحكمة التي أصدرت الحكم الأجنبي ، كان يكون قانون الإرادة المطبق على

العقد الدولي يقرر التضامن بين المدنيين . وبالتالي يكون لمن حصل على الأمر بالتنفيذ أن يتمسك بالمسئولية التضامنية للمدنيين.

أما إذا كانت التأمينات قد نشأت فقط ، كنتيجة لصدور الحكم وفقاً لقانون المحكمة التي أصدرته ، فأما لا تنتج أثرها إلا بالنسبة للأموال الكائنة بالدولة التي تتبعها تلك المحكمة . فالضمانات التي ترتب على الحكم ، ومجرد صدوره ، والتي يجب الاعتراف بها، هي تلك التي يقررها قانون المحكمة التي منحت الأمر بالتنفيذ . وهذه نتيجة طبيعية للقول بأن القوة التنفيذية للحكم الأجنبي ، تتحدد وفقاً لقانون المحكمة التي تنظر دعوى الأمر بالتنفيذ.

الفرض الثاني: رفض الأمر بالتنفيذ للحكم الأجنبي :

1- الرفض الكلي: إذا لم يستوف الحكم الأجنبي للشروط اللازمة لصحته من الوجهة الدولية، والتي وضعها القانون لإمكان الاعتراف به وتنفيذه ، كأن تخلف شرط أو أكثر منها ، كان للقاضي الوطني أن يرفض الأمر بالتنفيذ.

فعند تخلف أحد شروط تنفيذ الحكم الأجنبي لاتعدى سلطة القاضي الذي ينظر دعوى الأمر بالتنفيذ رفض ذلك الأمر، فلا يملك أن يعيد النظر في موضوع الدعوى التي فصل فيها هذا الأخير .

2- الرفض الجزئي: الأصل أن منطوق الحكم ينطوي على بيان حكم القانون بالنسبة لكافة الطلبات التي عرضت على المحكمة التي أصدرت ذلك الحكم ، إذ أن من واجب المحكمة أن تبت في كل مايقدم لها من طلبات ،دون أن تقضى بأكثر من المطلوب.

ولكن قد يتبين للقاضي أن بعض ما قضى به الحكم الأجنبي وورد في المنطوق ، لا يمكن الأمر بتنفيذه ، أما باقي أجزاء المنطوق ، فيمكن الأمر بتنفيذها ، والرفض في هذه الحالة أنه يمكن تجزئة منطوق الحكم ، والفصل بين أجزاء ما قضى به ، دون أن تتأثر وحدة الشيء المحكوم فيه.

وفي بعض الدول يجري القضاء على إمكانية الأمر بالتنفيذ الجزئي للحكم الأجنبي و رفض الأمر بتنفيذ باقي أجزاء الحكم . ويمكن تصور مثل هذا الحل في اليمن أيضاً ، لاسيما في شأن أعمال إعتبارات النظام العام . وعندما يصطدم ، بعض ما قضى به الحكم الأجنبي مع إعتبارات النظام العام ، ويرفض الأمر بتنفيذ ذلك الذي يتحقق فيه التعارض مع النظام العام من إجراء الحكم الأجنبي.

فإذا تزوج مسلم من غير مسلمة في بلد أجنبي ، وكان لم يدفع لها باقي مؤخر صداقها ، ثم توفى ، وكانت قد حصلت أرملته على حكم من القضا حنى بأحققتها من تركة زوجها ،

في مؤخر صداقها ، ونصيبها من تلك الشركة باعتبارها زوجة. فإذا قدم ذلك الحكم إلى القضاء اليمنى ، فإنه سيرفض الأمر بتنفيذ جزء الحكم الأجنبي المقرر لتصيب الأرملة في تركة زوجها ، لمخالفة ذلك لإعتبارات النظام العام الوطنى المستمد من الشريعة الإسلامية والتي تقضى بالأل توارث بين غير المسلم و المسلم ، مع أمره ، فى ذات الوقت بتنفيذ باقى ما قضى به الحكم الأجنبي.

وعليه فقد حكم برفض الأمر بتنفيذ جزء من منطوق الحكم الأجنبي القاضى بدفع فوائد الدين المستحق، لمخالفة ذلك لأحكام النظام العام والشريعة الإسلامية ، دون أن يتخل ذلك بالأمر بتنفيذ باقى منطوق الحكم الذى يلزم المدين المحكوم ضده بالوفاء بأصل الدين.

3- الإقتصار على الرفض بدون أى جزء آخر للحكم الأجنبي: ولما كان الرفض هذا يشكل الجزاء لتخلف شرط أو أكثر من شروط الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي فى النطاق الوطنى ، فيجب أن يكون هو الجزاء الوحيد. وبالتالى ، لايسوغ للقاضى ، الذى ينظر دعوى الأمر بالتنفيذ ، أن يتجاوز ذلك ويقر بطلان الحكم الأجنبي ، المطلوب الأمر بتنفيذه، حتى فى الفرض الذى يخالف فيه مقتضيات النظام العام فى دولة ذلك القاضى.

إذا كانت مبادئ القانون الدولى العام تمنع أجهزة وسلطات أية دولة من أن توجه أمراً إلى أجهزة وسلطات دولة أخرى ، فإنها تمنعها أيضاً من أن تبطل أو تلغى قراراً صادراً عن تلك الأخيرة، أيا كانت طبيعته ، قرار قضائى ، أم قرار إدارى. فهى غير ذى صفه فى هذا الشأن وكل ما تستطيع عمله هو تقرير الاعتراف أو عدمه بتلك القرارات على إقليمها الوطنى ، ومدى فعاليتها لديها.

4- حجية الحكم الواضح لأمر التنفيذ: إن الحكم الصادر ، من القضاء الوطنى ، برفض الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي ، يجوز حجية المفضى به فيما بين أطراف دعوى الأمر بالتنفيذ ، وبالتالى ، فلا يجوز إعادة رفع الدعوى مرة أخرى.

5- مدى إمكانية الطعن في الحكم الخاطيء الصادر في دعوى الأمر بالتنفيذ، فالحكم ، الصادر في دعوى الأمر بالتنفيذ يمكن الطعن فيه بطرق الطعن العادية وغير العادية المقررة في قانون القاضى الذى أصدر ذلك الحكم ، باعتبار أن هذا الأخير هو حكم وطنى يعامل معاملة الأحكام التى تصدر فى الخصومة العادية الخالية من العنصر الأجنبى ، وهى طرق الطعن الواردة في الباب العاشر من قانون المرافعات اليمنى . وكل ذلك في الحدود والأطر التى تتلائم مع طبيعة الحكم باعتباره فاصلاً في دعوى ، لها محل أو موضوع ذى طابع خاص ، هو الحكم الأجنبى ذاته.

وبناء على ذلك يمكن الطعن في الحكم اليمنى الخاطيء ، برفض أو بمنح الأمر بالتنفيذ ، بطرق الإستئناف ، او المعارضة ، أو بالنقض . وتتبع كذلك سائر القواعد المقررة بخصوص المحكمة المختصة بنظر الطعن ، وكيفية رفع الطعن ، ومواعيده ، وأطرافه وإعلانه، وإنعقاد خصومة الطعن ، أو إنقطاع خصومة الطعن ، و تركها ، والفصل فيها ، وتأثير رفع الطعن على إمكانية التنفيذ ، أى وضع الحكم الصادر في دعوى الأمر بالتنفيذ المطعون عليه، موضوع التنفيذ الفعلى.

ويذهب القضاء، في الدول التى تكتفى بحيازة الحكم الأجنبى حجية الأمر المقضى ، إلى أن الطعن على القرار الصادر في دعوى الأمر بالتنفيذ يتم وفق نظره من جانب محكمة الطعن ، الإستئناف أو النقض ، إذا كان الحكم الأجنبى ذاته مطعوناً فيه في الدولة الصادر عن محاكمها وفي القانون المقارن يؤكد الحق في الطعن أيضاً.

المطلب الرابع

تنفيذ الأحكام الأجنبية المستعجلة وآثارها

تمهيد وتفسيه:

أولاً: الصفة منزهة الدعوى المستعجلة: ترفع الدعوى المستعجلة ، بقصد إتخاذ تدبير أو إجراء وقفي أو تحفظي يدرأ به خطر داهم ، يوشك أن يوقع بالحق أو المركز القانوني المدعى به ، ضرراً قد يتعدر إصلاحه بعد ذلك .

وعليه فالحكم الصادر بالتدابير أو الإجراء المستعجل ، يرتب عدة آثار على درجة عالية من الأهمية ، لعل أهمها تقريره الحماية القضائية للطالب . ولكن بالمقارنة بالحماية التي يحققها القضاء الموضوعي، أو الذي يفصل في أصل الحق أو الموضوع ، يلاحظ على تلك الحماية الأمرين التاليين :-

1- إنها حماية قضائية وقتية . وتلك الوقتية لا تعنى فقط عدم الفصل في أصل الحق، بل أيضاً الحماية التي تحقق عدالة مبدئية تهيئدية ، لا تكسب حقاً أو تدره، وتحمي على نحو سريع من يبدو لأول وهلة أنه أجدر بالحماية من الخصوم ، دون أن تمنع من تلمس الحكم الحاسم لدى القضاء الموضوعي.

2- إنها حماية وقائية . وتلك الوقائية تعنى مفاداة ضياع الحقوق ، أو إستفحال النزاع عليها ، والتحوط ضد وقوع الضرر في المستقبل . وتحقيق الغرض الوقائي ، يوجب فكرة الحماية العاجلة لا الحماية الكاملة .

ثانياً : الإستعمال وتثبيت الحكم الأجنبي: وتفاعل الأمرين السابقين الحماية القضائية والوقائية والرقابية ، يقود إلى ضرورة العمل على ضمان الفعالية للحكم الصادر بتلك الحماية ، وذلك بتنفيذ فوري ، يتحقق الغرض الوقائي للحماية المستعجلة.

ولا يثير صعوبة تنفيذ الحكم الصادر بالتدابير المستعجل في مجال القانون الداخلي ، حيث تكمن قوة التنفيذ في السلطة المخولة للقاضي ، الذي أصدره بمقتضى القانون ، وبالتعاون مع السلطة التنفيذية تتأكد فعالية الحكم. لكن الأمر جد مختلف في شأن الحكم المستعجل ، الصادر في منازعة ذات عنصر أجنبي إذا أن ضمان فعاليته، لا تتم بتلك السهولة ، حيث من المنصور أن يصدر الحكم في دولة ، ويطلب تنفيذه في دولة أخرى . وهنا تتعقد المشكلة ، إذ ليس من اليسير تأكيد ذلك التنفيذ ، حيث تنفصل سلطة القضاء ، في الدولة التي صدر عن محاكمها ، عن سلطة التنفيذ في الدولة التي يراد التنفيذ فيها.

وهنا يثور التساؤل : ألا يكون لدور فكرة الإستعجال الذي لعبته في شأن الإختصاص القضائي الدولي ، وفي خصوص النزاع الدولي بين القوانين دور كذلك ، في مجال الآثار الدولية للحكم المستعجل بحيث تسهل عملية الإعتراف به ، أو الأمر بتنفيذه ، في دولة غير تلك التي صدر فيها ، أو حتى تعرقل عملية الإعتراف والتنفيذ تلك؟

هذا ما نعرض له في الفرعين التاليين.

الفرع الأول

تطبيق نظام الأمر بالتنفيذ على الأحكام الأجنبية المستعجلة

أولاً : الحكم المستعجل هو حكم قضائي، لا شك أن الحكم المستعجل ، هو في حقيقة قرار قضائي، أو حكم بالمعنى الفنى، إذ يفصل في مسألة متنازع عليها ، بين خصمين ، من جهة لها سلطة القضاء ، ويتبع في إصدار ذلك الحكم ، ذات القواعد والأصول الفنية ، المرعية بصحة الأحكام بوجه عام . ومن حيث مشتملاته وتسيبه. وهو يحقق حماية قضائية لمن صدر لصالحه. وهو واجب النفاذ بقوة القانون.

ثانياً: القضاء يؤمنه الأمر بتنفيذ الأحكام المستعجلة: وتذهب أحكام بعض الدول إلى تأكيد إمكانية الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية المستعجلة ، من ذلك الأحكام الصادرة في مجال النفقة الوقتية وحضانة الأولاد ، وكذلك الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل وهي غالباً ، ما تكون صادرة في مواد مستعجلة.

غير أن هذا الاتجاه، لم تقبله نظم قانونية أخرى ، على ما نرى في المطلب التالي:—

الفرع الثاني

تعطيل نظام الأمر بالتنفيذ بشأن الأحكام الأجنبية المستعجلة

أولاً: الإنجاء نحو رفض الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية المستعجلة: يذهب اتجاه آخر في الفقه والتشريع ، إلى إخراج الأحكام الأجنبية المستعجلة ، من دائرة نظام الأمر بالتنفيذ ، بحيث أن الحكم الأجنبي المستعجل ، الصادر بتدبير وقتي أو تحفظي ، لا يستفيد من هذا النظام ، وبظل عدم الأثر خارج الدولة التي أصدرته محاكمها . فالحكم الأجنبي المستعجل الصادر في ألمانيا مثلاً ، أو في اليابان لا يجوز طلب الأمر بتنفيذه في اليمن .

وعيل البعض الآخر من الفقه ، إلى تأسيس رفض الأمر بتنفيذ الأحكام المستعجلة الأجنبية ، إلى تلك القاعدة التي تقرر عدم جواز تنفيذ الأحكام الأجنبية ، الصادرة في دعوى تدخل في الاختصاص المانع أو القاصر للمحاكم الوطنية .

وحيث أن الدعوى المستعجلة تدخل في ذلك النوع من أنواع الاختصاص ، فإن يرفض شمول الحكم المستعجل الأجنبي ، بالأمر بالتنفيذ . فاختصاص المحاكم الوطنية باتخاذ التدابير المستعجلة ، هو اختصاص أصلي أو وجوبي يتعلق بالنظام العام أو هو اختصاص يبني على تعلق التدابير المستعجلة بقوانين البوليس والأمن المدن ، بحيث لا يقبل أن تحل محكمة أجنبية ، محل المحاكم الوطنية في الأمر بتلك التدابير .

ثانياً: الإنجاء الراجع وأسانيده فهي منح الأمر بالتنفيذ للحكم الأجنبي المستعجل .

1- فقد منح هيئة الحكم المستعجل حجة الأمر المقضي به: وإذا كنا نؤيد مع البعض مذهب عدم جواز الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية المستعجلة ، في اليمن ، إلا أننا لا نبنى تأييدنا على ما ذكره البعض من الفقهاء السالف ذكرهم .

إذ من غير الصحيح قانوناً، القول بأن الأحكام الوقتية المستعجلة الأجنبية لا تخوز حجية الأمر المقضى به ، ويتالى عدم حيازتها قوة الأمر المقضى به.

فالحقيقة أن الأحكام المستعجلة ، بوجه عام ، تخوز حجية الأمر المقضى به ، وهى حجية تلزم القاضى ، والخصوم . ومقتضى ذلك عدم جواز إثارة النزاع الذى فصل فيه الحكم المستعجل من جديد ، متى كان مركز الخصوم هو ، والظروف التى أنهت بالحكم هى بعينها ، لم يطرأ عليها أى تغيير . فالحكم المستعجل يضع طرفى الخصومة فى وضع مادى يجب إحترامه ، بمقتضى حجية الشئ المحكوم فيه ، بالنسبة للظروف ذاتها التى أوجبه ، وللموضوع ذاته ، الذى كان محل بحث الحكم المستعجل السابق صدوره ، طالما لم يحصل تغيير مادى أو قانونى فى مركز الطرفين ، قد يسوغ تدبيراً مؤقتاً للحالة الجديدة الطارئة.

ويعترف الفقه الراجح بأن للحكم المستعجل حجية الأمر المقضى ، ولكنها فى الواقع حجية وقتية بطبيعتها . وتلك الوقتية تعنى أنه إذا تغيرت تلك الظروف ، جاز رفع الدعوى من جديد . كما تعنى بالنسبة لأصل الحق أنها لا تفقد محكمة الموضوع ، ولا تحول دون التجاء ذوى الشأن إلى القضاء الموضوعى لاستصدار حكم فى موضع النزاع .

وطالما كان للحكم المستعجل حجية الأمر المقضى بهذا المفهوم فإنه لا يمكن الاستناد إلى عدم حيازة قوة الأمر المقضى به ، لرفض الأمر بتنفيذه ، إذ من الممكن عملاً أن يجوز الحكم تلك القوة ، طالما ثبت له فى مرحلة أولى حجية الأمر المقضى ، ويكون ذلك إذا كان قد أستنفد طرق الطعن العادية ، لاسيما الإستئناف ، أو كان ميعاد الطعن قد فات ، وصار الحكم نهائياً حائزاً قوة الأمر المقضى.

2- رفض حجية الإختصاص المانع للمحاكم الوطنية بالدعاوى المستعجلة:

كما لا تؤيد مع البعض الإستناد إلى أن الأحكام المستعجلة تدخل فى الإختصاص المانع للمحاكم الوطنية ، بالنظر إلى تعلق الأمر بقوانين السلام العام والأمن المدنى ، مما يبرر رفض

الأمر بتنفيذ الأحكام المستعجلة الأجنبية أساس فكرة الكفاية الذاتية للاستعجال . والتقييم
الراجح لرفض الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية المستعجلة يقوم على إعتبارات فنية من ناحية ،
وقانونية من ناحية ثانية ، وعملية ، من ناحية ثالثة. نتناولها في الآتي:

3- الأسس الحقيقية لفرض الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي المستعجل:

أ- مراعاة حالة التتابع : تفرض إعتبارات فنية ، عدم شمول الحكم المستعجل الأجنبي بأمر التنفيذ ، في بلد القاضى الوطنى. باعتبار أن الحكم المستعجل ، يصدر من أجل تحقيق حماية من صدر لصالحه، من ضروروشيك الوقوع ، ولكن لا تحقق تلك الحماية، إلا إذا تم التنفيذ الفورى للحكم . فالحماية القضائية ، التى يحققها القضاء المستعجل ، لا تنتهى باصدار القرار بالتدبير الوقى أو التحفظى ، وإنما تنتهى وتكتمل بتنفيذه . وكما يقرر الفقه ، بحق ، فإن القرار الوقى المستعجل و تنفيذه ، يكون مرحلتين فى إجراءات واحدة يرتبط كل منهما بالآخر كأجزاء فى هذا الاجراء بحيث يجب أن تتابع ، بلا إنقطاع حتى تصل إلى منتهائها ومبتغائها.

فالحماية القضائية المستعجلة جوهرها ، القوة التنفيذية الفورية ، حتى تتحقق المصلحة التى ترمى التدابير المستعجلة إليها ، ويتم درء الخطر الداهم أو الخدق ، وتحقق بذلك الوظيفة الوقائية للتدابير المستعجلة .وعلى عكس الحماية القضائية العادية التى تكتمل أحياناً بمجرد صدور الحكم. كما هو الشأن فى الحكم التقريرى . ومن الواضح أن صدور الحكم المستعجل فى دولة و طلب الأمر بتنفيذه فى دولة أخرى يقطع حالة التتابع و الاتصال بين عملية اصدار الحكم المستعجل ، وعملية تنفيذه ، المنوه عنها .ويضع ، بالتالى ، صفة القوة التنفيذية التى تميز الأحكام المستعجلة .

ولما كان فقه قانون المرافعات الداخلى يركز على " أن أهمية القرارات الوقية تنحصر فى تنفيذها ، وأن القاضى الذى يتبعه تنفيذ القرار هو الذى يختص باصداره، فإن ذلك يكون ، من باب أولى فى مجال المرافعات الدولية بحيث أن الأحكام المستعجلة الأجنبية ، تنفذ فى النطاق الإقليمى للقاضى الذى أصدرها ولايتصور الأمر تنفيذها فى دولة أخرى ، وكما هو شأن حالات الإختصاص بها.

بجـ- التلازم بين سلطة القضاء وسلطة التنفيذ في حالة الاستعجال : كما تفرض إعتبارت قانونية كذلك عدم شمول الحكم المستعجل الأجنبي بأمر التنفيذ في بلد القاضي الوطني.

فقد بينا فيما تقدم ، أنه من شروط الإختصاص القضائي الدولي بالدعوى المستعجلة ، هو كون التدابير الوقتية والتحفطية ، التي يصدر بها الحكم ، واجبة التنفيذ في بلد القاضي . وتفرض هذا الشرط ضرورات تحقيق الفعالية للحكم المستعجل . فمحكمة محل إتخاذه هي الأقدر عملاً ، على دراسة الوضع ، وتحري ظروف الإستعجال ، حتى تستطيع الأمر بالتدبير الملائم ، ومدة العمل به.

جـ- الطابع الوقتي الزائل للعصم المستعجل : وأخيراً تفرض إعتبارت عملية ، عدم شمول الحكم المستعجل الأجنبي بأمر التنفيذ.

وطالما كان الحكم المستعجل ، يتمتع بحجية وقتية بالنظر إلى وظيفته المساعدة إذ لا يمنع الخصوم من الإلتجاء إلى القضاء الموضوعي للفصل في أصل الحق أو المركز القانوني ، فهو لا يجوز لا حجية ، ولا قوة الأمر المقضي ، في موضوع النزاع الأصلي.

ومن هنا يبدو واضحاً أن الحكم المستعجل حكم قلق ، معرض للزوال عند اللجوء إلى القضاء للحصول على الحماية الموضوعية الدائمة ، حول أصل الحق أو المركز القانوني محل النزاع.

وما يدعم هذا النظر أن الأحكام القضائية ، تؤكد على ذلك ، إذ تقرر بأن التدبير الوقفي ينتهي أثره عندما يتم التنظيم النهائي للوصاية مثلاً ، أو يقضى بالتطبيق ، أو بالحضانة النهائية والنفقة الوقتية.

وطالما كان الحكم المستعجل قلقاً ويقوم على الاحتمال على هذا النحو فإنه من المتصور أن يعدل ، أو يلغى ، بعد شموله بأمر التنفيذ ، فتكون المفاجئة على ماتم من تنفيذ ، وهو أمر غير مقبول ، إذ أنه سيكون من غير سند ، وإما أن يعدل في الأمر بالتنفيذ ، ليتوافق مع التعديل الذي لحق بالحكم ، وهذا أيضاً أمر غير سائغ ، إذ يتناق مع الإستقرار والأمان

المنشود للعلاقات والمراكز القانونية للأشخاص التي تنشأ عبر الحدود . ومن الملائم ألا يشغل القضاء الوطني ساحاته بأحكام يكتف مستقبلها الغموض ، وعدم الإستقرار ، وبالتالي يرفض شمول الأحكام المستعجلة الأجنبية بأمر التنفيذ.

المبحث الثاني

حجية الأحكام الأجنبية

إن الحكم الأجنبي هو عمل قانون قضائي ، يطبق إرادة القانون وحكمة ، في المنازعة التي فصل فيها . وهو بهذه المثابة مانح للحماية القضائية و تكون تلك الحماية عنوان الحقيقة داخل الدولة التي صدر باسمها، فإذا أريد الإحتجاج بتلك الحماية في الخارج فإن ظاهرة الحدود تعوق الإعتراف الآلي .

وقد رأينا فيما تقدم أن المقتن قد استلزم عدة شروط ، في الحكم الأجنبي ، عند وضع تلك الحماية موضع الأعمال الفعلية عن طريق التنفيذ الجبري . و القوة التنفيذية التي يكتسبها الحكم الأجنبي بعد شموله بأمر التنفيذ . و بذلك تكون هي وصف في الحكم الذي يحول الحماية القضائية .

فإذا لم يطلب تنفيذ الحكم في خارج دولته ، فإنه لا يتجرد ، مع ذلك ، من قيمته خارج الحدود . فجوهره ، وهو تقرير الحماية القضائية ، لا يمكن تجاهله . ويمكن الإحتجاج بتلك الحماية في غير دائرة التنفيذ الجبري ، طالما إعتبرنا للحكم ، الذي يمنح تلك الحماية ، بحجية معينة للإعتراف بحجية الأحكام الأجنبية . في غير دائرة الأمر بالتنفيذ ثلاثة مظاهر نعرض لها في ثلاثة مباحث على النحو التالي :-

المبحث الأول : الحكم الأجنبي وحجية الأمر المقضي به .

المبحث الثاني : الحكم الأجنبي وحجية قوته الثبوتية .

المبحث الثالث : الحكم الأجنبي وحجية كوافقه قانونية .

المطلب الأول

الحكم الأجنبي وحجية الأمر المقضي به

أولاً: ماهية حجية الأمر المقضي به وتعلقها بالنظام العام

1- ماهية حجية الأمر المقضي به : يهدف المقتن من تنظيمه مرفق القضاء إلى تحقيق هدفين : الأول ، حمايه مصلحة الخصوم ، عن طريق وضع حد نهائي لما يثور بينهم من منازعات . الثاني ، حسن أداء العدالة و المحافظه على هيبة القضاء ، عن طريق كفالة صدور حكم فاصل في الخصومة الواحدة ، و تحاشي تضارب الأحكام بشأنها .

و قد ترجم المقتن كلا الهدفين في فكرة " حجية الأمر المقضي به " . و مقتضى- الأحكام ، التي صدرت من القضاء ، تعتبر حجة بما فصلت ، و قرينه لا تقبل إثبات العكس على أنها صدرت صحيحه ، من حيث الإجراءات ، و أن ما قضت به يطابق الحقيقه حتى و لو لم تكن كذلك من ناحية الواقع . و من ثم فلا يكون لمن كان طرفاً في النزاع ، الذي فصلت فيه تلك الأحكام ، أن يثير النزاع مرة أخرى أمام القضاء بدعوى مبتدأه . فإذا رفعت مثل هذه الدعوى كان للخصم الآخر أن يدفعها بحجية الأمر المقضي به ، أي بسبق الفصل فيها .

2- تعلق الحجية بالنظام العام: وحجية الحكم القضائي ، بهذا المعنى ، تتعلق بالنظام العام ويكون لكل خصم في النزاع الذي فصل فيه أن يتمسك بها ، وله أن يثيرها في أية مرحلة من مراحل الدعوى ، ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا ، ولا يجوز التنازل عن التمسك بها ، وللقاضي أن يقضى بهذه الحجية من تلقاء نفسه .

3- المشكلة بالنسبة للأحكام الأجنبية : إذا كانت حجية الأمر المقضي به ، بهذا المعنى ، هي صفة في الحكم القضائي ، فهل تنخلع عنه ويتجرد منها ، إذا عبر حدود الدولة ، التي صدر باسمها ، بحيث لا يمكن الاحتجاج به خارج دائرة الأمر بالتنفيذ؟

وتبدو أهمية التنازل ، خصوصاً إذا لا حظنا أن الحكم يرتب أثرين ، أحدهما إيجابي ، وهو تقرير أو إنشاء حق أو مركز قانوني . والثاني سلبي و هو عدم طرح النزاع الذي فصل فيه على القضاء من جديد ، وهذا الأثر الأخير ، هو جوهر حججة الأمر المقضي به .

فإذا صدر الحكم القضائي في الخارج ، فهل يجوز الإحتجاج به في اليمن ، خصوصاً بشأن أثره السلبي ، بحيث يمنع على القاضي الوطني أن يعيد النظر في النزاع ، و يقضي بحل عكسي أو مخالف ؟

يمكن أن نميز هنا بين إتجاه قد هجر ، وآخر حديث كتبت له الغلبة والبقاء .

ثانياً: الإتجاهات حول حججة الأمر المقضي به .

إذا كان الإتجاه التقليدي ينكر حججة الأمر المقضي به على الحكم الأجنبي وهو إتجاه مهجور فإن الإتجاه الحديث يعترف بهذه الحججة ، ويدعم إعترافه بأسانيد قوية تعرض لها مع النظام القانوني هذه الحججة فيما يلي .

1- حملهم الإحتراض والمعينة: ونحن نرى مع جانب من الفقه الحديث حول مضمون هذا الإتجاه أنه يجب الإعتراف ، للأحكام الأجنبية ، بحججة الأمر المقضي به ، دون حاجة لرفع دعوى الأمر بالتنفيذ . فمن الملائم أن تقضى الأحكام الوطنية بعدم قبول الدعوى التي ترفع إليها ، إذا دفع أمامها بحججة الأمر المقضي به ، بناءً على حكم أجنبي سبق أن فصل في ذات الدعوى ودون إستلام شمول هذا الحكم بأمر التنفيذ .

وإذا كان الفقه القديم ، وجانب من الفقه الحديث ، قد قدم تبريرات ، في خصوص الإعتراف بحججة الأمر المقضي به للأحكام الأجنبية غير المشمولة بأمر التنفيذ ، مثل فكرة الحق المكتسب ، وفكرة العقد القضائي ، وفكرة المجاملة الدولية وفكرة التضامن الدولي . فإن تلك الأفكار ليس لها إلا قيمة تاريخية ولا تصلح كتبرير منطقي في الفقه القانوني الحديث .

ونعتمد مع الفقه الراجح أن الحجج التي ساقها أنصار الاتجاه التقليدي لا تقوى أمام النقد ودعائم الاتجاه الحديث التالية:-

أ- هجر نظام المراجعة بوجوب الإمتراض بالحجة، إذا كان أنصار الرأي الأول قد أنكروا على الحكم الأجنبي، انجرد من الأمر بالتنفيذ، حجية الأمر المقضى به، إستناداً إلى أن تقرير الحجية يناق مع السلطات المعطاة للقاضي، الذي ينظر دعوى الأمر بالتنفيذ في مراجعة الحكم الأجنبي للكشف عن صحة ما قضى به من الناحية الموضوعية وفقاً للمذهب المراجعة، فإن هذه الحجية تسقط بزوال هذا المذهب الأخير: فلقد مضت الإشارة إلى أن نظام المراجعة قد طواه الزمن، وهجر مكانه لصالح نظام الرقابة.

ولما كان القاضي، الذي ينظر دعوى الأمر بالتنفيذ، يقتصر على رقابة الحكم الأجنبي، بالتحقق من توافر الشروط اللازمة لصحته من الناحية الدولية، لتقرير القوة التنفيذية له، ألا يكون من المنطقي أن يقتصر القاضي على التحقق من توافر ذات الشروط للإعتراف، للحكم بحجية الأمر المقضى به اتساقاً مع مذهب الرقابة الذي تأخذ به التشريعات المعاصرة؟

ب- السياسة التشريعية والإمتراض بالأعمال العامة الأجنبية: إن مقتضيات السياسة التشريعية وتحقيق التعاون القانوني الدولي، تفرض على القاضي الوطني أن يعترف للحكم الأجنبي بحجية الأمر المقضى به. ولا يجوز الاحتجاج بأن ذلك الحكم هو عمل من أعمال السلطة العامة الأجنبية لا يمكن الإعتراف به بوصفه كذلك. فقد أضحي من المقبول الإعتراف بالأعمال الصادرة من السلطات العامة الأجنبية، والتي تحكمها قواعد القانون العام. كشهادات الحالة المدنية، وكشهادات الجنسية التي تسلم للشخص من السلطة العامة المختصة، وسائر المحررات الرسمية العامة.

ج- حجية الأمر المقضى وتطبيق قواعد الأمن المصطنع الأجنبية: إن أنصار الاتجاه المنكر لحجية الأمر المقضى يقررون أن جوهر حجية الأمر المقضى به هو الأمر الذي يقتضى " منع القضاء من إعادة النظر في النزاع الذي فصل فيه بهذا الحكم حملاً على أن الحكم يضم

قربنة الحقيقة .. مما يجعل حجبة الأمر المقضى من قواعد الأمن المدنى" . ولاشك أن هذه القواعد الإقليمية التطبيق ولا تتعدى حدود الدولة التى وضعتها .

ورغم ذلك ، فإننا نرى أن هذه الحجبة غير قاطعة ، كما أنها لا تجارى التطور الحديث فى شأن الإعراف بقواعد البوليس والأمن المدنى الأجنبية . فمنذ عدة سنوات بدأ الفقه يولى عناية خاصة بتلك المشكلة وتضافرت جهود القضاء والفقه الحديث ، لتدليل العقبات التى تعوق سبل تطبيق قوانين البوليس والأمن الأجنبية بواسطة القاضى الوطنى ، و أصبح الإعراف بتلك القوانين من سمات تطور القانون الدولى الخاص المعاصر .

حـ- تزايد الأخذ بالدفع بالإحالة هى الإختصاص بوجوب الإعتراض بالحجبة: إن الرأى المنكر للحجة لم يكن ليصلح إلا فى ظل الفقه الذى يرفض الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية والذى يقوم على فكرة السيادة . وعدم جواز الإنتقاص من السيادة القضائية لدولة القاضى ، الذى رفع إليه النزاع ثانية ، وكذلك على عدم الثقة فى القضاء الأجنبى والشك فى حيده . أما وقد عدل القضاء والتشريع والفقه الحديث عن موقفهم التقليدى ، وأصبحوا يقبلون الدفع بالإحالة لقيام ذات الدعوى أمام محكمة أجنبية ، فإن إنكار حجبة الأمر المقضى به على الحكم الأجنبى يصبح أمراً غير مفهوم ، ويناقض الفكر القانونى السليم ومصصلحة العلاقات الدولية .

فمقتضى قبول الدفع بالإحالة أن يتخلى عن نظرها إذا كان قد صدر فيها حكم بالفعل من قضاء أجنبى ، ويكون تخليه عن الفصل فى الدعوى ، عن طريق الإعراف بحجبة الأمر المقضى به لهذا الحكم ، وما تقتضية تلك الحجبة من منع إعادة عرض النزاع من جديد والنظر فيما سبق الحكم فيه .

هـ- وحدة هدف الحجبة هى المصالح الداخلى والدولى: إذا كانت مصلحة الخصوم تشكل أحد أهداف حجبة الأمر المقضى به ، فى القانون الداخلى ، حيث يجب وضع حد للنزاع حتى لا تتأبد المنازعات ، ولكى تستقر الحقوق والمراكز لأصحابها فإن الإستناد إلى

ذات الهدف يبرر الإعراف بحجة الأمر المقضى به للحكم الأجنبي في نطاق المرافعات المدنية الدولية، وقواعد الإختصاص القضائي الدولي.

ذلك أن الهدف الأصلي للقانون الدولي الخاص هو تحقيق الأمان القانوني للعلاقات الخاصة الدولية . والإعراف بحجة الأمر المقضى به للحكم الأجنبي ، تعمل على تحقيق هذا الهدف الذي طالما تشده تلك العلاقات ومن ثم ، ألا نرى أن الفقه والقضاء قد أستندا إلى فكرة مصلحة الخصوم ، لتبرير الإعراف بحجة الأمر المقضى به للأحكام الأجنبية ، الصادرة في مواد الحالة والأهلية فإذا كان الحال كذلك ، فكيف نفرق بين نوعين من مصلحة الخصوم :الأول ،يتعلق بالحالة والأهلية وفيه يكون للحكم حجة مطلقة ، والثاني يتعلق بالتصرفات المالية الأخرى ، وفيه لا حجة للحكم في غير دائرة الأمر بالتنفيذ !!

إن مقتضيات المنطق القانوني تفرض أنه طالما اعترفنا بحجة الأمر المقضى به للحكم الأجنبي ، الصادر في المنازعات التي ترتب نتائج خطيرة بالنسبة للشخص ، كما في مسائل الحالة والأهلية ، فإنه يجب ، من باب أولى ،الإعراف بتلك الحجة للحكم الأجنبي الذي يصدر في منازعة ترتب نتائج أقل في خطورتها ،كالإحكام التي تدين بدفع مبلغ مالي ، فمن يملك الأكثر يملك الأقل، فمصلحة الخصوم التي تعمل على إدراكها وهمايتها حجة الأمر المقضى به واحدة لا تتجزأ لا سيما في نطاق العلاقات ذات الطابع الدولي .

2- النظام القانوني لمحجة الأحكام الأجنبية:

أ- عمومية الإعراف بحجة الحكم الأجنبي وشروطها : وإذا كان الفقه الراجح يعترف بحجة الأمر المقضى به للحكم الأجنبي ،دون تفرقة بين الأحكام الصادرة في مسائل الحالة و الأهلية وغيرها ، فإن ذلك يكون مشروطاً ،دائماً ، بأن يتحقق القاضى ، الذى يحتج بالحكم أمامه ، من أن هذا الحكم قد استوفى الشروط التي وضعها المشرع فى المادة (494) مرافعات والتي يستلزم توافرها لإعتبار الحكم صحيحاً من الناحية الدولية ،ولو لم يشمل الحكم بالفعل بأمر التنفيذ.

ب- وقتها ذوبته الحجية والقانون المدني يحكم نطاقهما ، ونخلص في النهاية إلى القول ، بأن الحكم الأجنبي تكون له ، بهذه المثابة ، حجية الأمر المقضى به ، من تاريخ صدوره من المحكمة الأجنبية . وهذا يتناسق مع طبيعته القانون لحجية الأمر المقضى به . فمن الثابت أن " حجية الأمر المقضى به هي صفة للحماية القضائية التي يحصل عليها الشخص بواسطة الدعوى التي تنتهي بحكم قضائي، فيكون من المنطقي أن تقرر تلك الحجية من تاريخ منح الحماية القضائية .

وهذا على خلاف الحال في خصوص الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي . فقد رأينا أن الأمر بالتنفيذ يمنح الحكم الأجنبي القوة التنفيذية ، وهذه الأخيرة تثبت للحكم من وقت صدور الأمر بالتنفيذ ، لا من وقت صدوره من المحكمة الأجنبية ، ويتفق هذا أيضاً مع القواعد العامة حيث أن " القوة التنفيذية هي صفة في الحكم .. تخول الحصول على الحماية القضائية بواسطة التنفيذ الجبري .

وطالما أن الحجية تثبت للحكم القضائي بصدوره من المحكمة حاسماً للنزاع ، فإن نطاق هذه الحجية يتحدد وفقاً ، لقانون المحكمة الأجنبية، التي أصدرت الحكم الذي يثور خلاف بشأن الإعراف له بحجية الأمر المقضى به .

المطلب الثاني

الحكم الأجنبي وحجية قوته الشبوتية

أولاً: الحكم القضائي عنوان للحقيقة ومحرر رسمي: إذا حللنا الكيان القانوني للحكم القضائي عموماً ، أمكننا أن ندرك أمرين :

الأمر الأول : هو أن الحكم يعتبر عنواناً للحقيقة وهذه الحقيقة ذات شطرين :

الشرط الأول : ويتعلق بالحقيقة الموضوعية ذاتها . فما قضى به الحكم يعتبر هو الحق بعينه من حيث الموضوع ، فلا يجوز إعادة طرح النزاع من جديد تحقيقاً لاستقرار الحقوق والمراكز القانونية وهذه هي حجية الأمر المقضى به.

الشرط الثاني: ويتعلق بالطريق الذي سلكه القاضي ، للوصول إلى تلك الحقيقة . فهناك الأدلة والحجج القانونية التي بنيت عليها هذه الحقيقة . فإذا صدر الحكم عد دليلاً على ما استند إليه من طرق الإثبات ، كشهادة الشهود والإقرار واليمين والخبرة.

أما الأمر الآخر : فمقتضاه أن الحكم يعتبر محرراً رسمياً ، يشتم فيه موظف عام ماتم على يديه ، أو تلقاه من ذوى الشأن ، وذلك وفقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته وإختصاصه وباعتباره كذلك ، فإن الحكم يعتبر حجية على الناس كافة بما دون فيه من أمور قام بها محرراً في حدود مهمته ، مالم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً.

وتضافر هذان الأمران في خصوص الحكم القضائي الأجنبي يفضي إلى حقيقة هامة ، وهي أن هذا الحكم يمكن الإستناد إليه كدليل له حجية في الإثبات .

ثانياً: تقدير قيمة الحكم الأجنبي كدليل لإثباته بين قانون بلد إصداره وقانون قاضي الأمر بالتدقيق: وحجية الحكم الأجنبي ، كدليل إثبات ، أمر استقر عليه

رأى الفقه والقضاء الراجح وثبت هذه الحجية في الإثبات للحكم الأجنبي بوصفه سنداً ومحرار
رسمياً ، ويعد دليلاً على ماورد فيه من وسائل الإثبات الأخرى كالأقرار والمعينة والخبرة ،
ولاحاجة للأمر بتنفيذه حتى تثبت له تلك الحجية . ويخضع تقدير قوة إثبات الحكم الأجنبي ،
لقانون الدولة التي حرر وصدر فيها .

ومع ذلك لايعنى إستبعاد كل تدخل للقاضي ، الذي يحتاج أمامه بالحكم الأجنبي ، كدليل
إثبات . فله أن يراقب الحكم الأجنبي ، باعتباره محرراً صادراً عن سلطة عامة أجنبية ، فيلزم
أن يكون صادراً عن محكمة أجنبية مختصة وفقاً لقواعد الاختصاص الدولي في قانون تلك
المحكمة .

وطالما كان لمقتضى الاعتراف للحكم الأجنبي بحجية ، كدليل في الإثبات أن يستند إليه
القاضي الوطني وإلى وسائل الإثبات التي وردت فيه ، إلا أنه يكون حراً في تقدير القوة
الثبوتية لهذه الوسائل . كما أن له أن يستلخص من الحكم الأجنبي المعلومات التي يراها نافعة
ومنتجة في الدعوى التي ينظرها . ويمكن للقاضي أيضاً أن يستند إلى الحكم الأجنبي لتوقيع
حجز ما للمدين لدى الغير دون شموله بأمر التنفيذ وكذلك لإتخاذ الإجراءات التحفظية . كما
أن للمحكوم له من جانب محكمة أجنبية ، يضم حضانة طفل إليه ، يكون له الخيار بين دعوى
الأمر ، بالتنفيذ وبين رفع دعوى جديدة ، مستندا في ذلك لتأييد دعواه إلى الحكم الأجنبي .

وقد رأينا فيما تقدم أن القانون الإنجليزي ، الذي لا يعرف دعوى الأمر بالتنفيذ ، يقرر
للمدعى أن يرفع دعوى جديدة أمام المحاكم الإنجليزية ، يقدم فيها دعماً لدعواه ، الحكم
الأجنبي ، والذي يعتبر دليلاً لا يقبل إثبات العكس .

المطلب الثالث

الحكم الأجنبي وحجته كواقعة قانونية

أولاً: مفهوم الحكم كواقعة قانونية : الحكم هو قرار يتضمن ليس فقط تقرير أو إنشاء الحق أو المركز القانوني ، الذي كان محلاً للنزاع ، بل أيضاً بيان الرابطة بين ذلك الحق أو المركز القانوني ، والوقائع التي يستند إليها المدعى . وهذا القرار . يوجه إلى المحاكم الأخرى ، ومقتضاه لا يجوز لها مناقشة ماسبق الفصل فيه ، وإنما يمكنها في مرحلة لاحقة الإستناد إلى الحق أو المركز القانوني الذي قرره ذلك الحكم ودعمه.

فإذا صدر الحكم القضائي بهذا المعنى في دولة أجنبية ، وتم تنفيذه فيها بالفعل ، فإنه يعد واقعة تنتج آثاراً قانونية ، لا يمكن تجاهلها والتعاس عن إدراكها، بل ينبغي أخذها في الإعتبار.

ثانياً: الحكم الأجنبي كسبب صحيح ، وعنهى لفرانكز واقعية.

1- فمن ناحية ، يكون الحكم صالحاً لأن يكون سبباً صحيحاً لا تفتات لاحقة ، فيصح مثلاً أن يكون سبباً لاغبار عليه ، لعقد يكون موضوعه تنفيذ هذا الحكم دون ماحجة إلى إستصدار أمر بتنفيذه، وكذلك يمكن على أساس الحكم الأجنبي بالاستحقاق رفع دعوى الضمان أمام المحاكم الوطنية ضد البائع، ولو لم يصدر أمر بتنفيذ الحكم الأجنبي كما يصلح هذا الأخير لأن يكون سبباً للاتفاق على الوفاء بالدين بمقابل أو على أقساط.

2- ومن ناحية أخرى ، يخلق الحكم الأجنبي مراكز واقعية ، تشكل حقيقة لا يمكن للمحاكم الوطنية إلا أن تأخذها في الإعتبار ، في شأن الحكم الذي سيصدر عنها وفقاً للقانون الأجنبي الذي تعينه قواعد الإسناد الوطنية ، ومتصلاً بذات الحق أو المركز القانوني الذي فصله الأجنبي .

وفي هذا المعنى قضت إحدى المحاكم الفرنسية التي كانت تنظر دعوى ملكية سفينة عارية (أى غير مجهزة) كائنة بأحدى الموانئ الفرنسية ، بأنه يجب أن يؤخذ في الاعتبار الحكم الأسباني ، الذي سبق أن فصل في ذات الدعوى ، وقرر ملكية السفينة لإحدى شركات الملاحة الأجنبية

كما قضت محكمة باريس في حكم صادر في 9 مايو 1978م بأن الحكم الأجنبي الذي سبق أن أذان الغير بتعويض المدعين ، تعتبر واقعة يجب أن تؤخذ في الحسبان عند تقدير الضرر، الذي يطلب التعويض عنه أمام إحدى المحاكم الفرنسية.

انتهى بعون الله و توفيقه،،

محتويات الكتاب

الموضوع	الصفحة
المقدمة :	1.....
الباب الأول	
الإطار العام للقانون الدولي الخاص و النظرية العامة والضوابط المقررة لتنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي.....	3.....
الفصل الأول	
الإطار العام للقانون الدولي الخاص.....	4.....
المبحث الأول: تعريف القانون الدولي الخاص ووظيفته وأهدافه.....	4.....
المطلب الأول: تعريف القانون الدولي الخاص.....	4.....
المطلب الثاني: وظيفة القانون الدولي الخاص وأهدافه.....	5.....
المبحث الثاني: مفهوم العلاقة القانونية وعناصرها في إطار القانون الدولي الخاص.....	7.....
المبحث الثالث : الصياغة الفنية لقواعد القانون الدولي الخاص.....	9.....
المطلب الأول : القواعد المباشرة.....	12.....
أولاً: تعريف القاعدة الموضوعية المباشرة.....	12.....

- 12..... ثانياً : خصائصها ومكوناتها :
- 18..... ثالثاً : مصادرها
- 19..... المطلب الثاني: القواعد غير المباشرة (قواعد تنازع القوانين)
- 19..... أولاً :تعريف قاعدة الإسناد غير المباشرة
- 21..... ثانياً : خصائصها ومكوناتها
- 21..... ثالثاً: مصادرها
- 21..... 1- تعريف القواعد ذات التطبيق الضروري(تأمين المجتمع)
- 23..... 2- خصائصها
- 23..... 3- مصادرها
- 24..... المبحث الرابع : موضوعات القانون الدولي الخاص ومصادرها
- 24..... المطلب الأول: موضوعات القانون الدولي الخاص
- 24..... أولاً : القواعد المنظمة للتمتع بالحقوق
- 25..... 1-قواعد مركز الأجانب.....
- 25..... 2- قواعد الجنسية:.....
- 25..... 3-قواعد الموطن.....
- 26..... ثانياً : القواعد المنظمة لممارسة الحقوق(قواعد تنازع القوانين)
- 28..... ثالثاً : القواعد المنظمة لحماية الحقوق (قواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي).....

29	المطلب الثاني: مصادر القانون الدولي الخاص
29	أولاً : المصادر الرسمية
29	1- التشريع
30	2- المعاهدات
31	3- العرف
31	4- مبادئ القانون الدولي الخاص
33	ثانياً: المصادر غير الرسمية
33	1- القضاء
33	2- الفقه
34	المبحث الخامس: نبذة مختصرة عن تطور القانون الدولي الخاص
34	المطلب الأول: في مجال الجنسية
35	المطلب الثاني: في مجال الموطن
36	المطلب الثالث: في مجال مركز الأجانب
37	المطلب الرابع: في مجال تنازع الاختصاص القضائي الدولي
38	المطلب الخامس: في مجال تنازع القوانين

الفصل الثاني

- 45.....الأصول العامة لتنازع القواني وتنازع الاختصاص القضائي الدولي
- 45.....مقدمة : مفهوم الأصول النظرية لتنازع القوانين
- 47.....المبحث الأول : مشكلة التكييف
- 47.....المطلب الأول : تعريف التكييف وأهميته
- 50.....المطلب الثاني : نظرية إخضاع التكييف لقانون القاضي
- 51.....أولاً : نشأة النظرية
- 52.....ثانياً : مضمون النظرية
- 53.....ثالثاً : أساس النظرية
- 55.....رابعاً : نطاق النظرية
- 55.....خامساً : تقدير النظرية
- 59.....المطلب الثالث : إخضاع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع
- 59.....أولاً : مضمون النظرية وأساسها
- 59.....ثانياً : تقدير النظرية
- 61.....المطلب الرابع : إخضاع التكييف للقانون المقارن
- 61.....أولاً : مضمون النظرية وأساسها
- 61.....ثانياً : تقدير النظرية
- 62.....ثالثاً : رأينا الخاص في التكييف وخضوعه لقانون القاضي بالمفهوم الموسع

- 64..... رابعاً : التكييف في النظام القانون اليميني
- 65..... المبحث الثاني : مشكلة تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي المتغير أو المتحرك
- 65..... المطلب الأول: التعريف بالتنازع المتغير أو المتحرك
- 66..... المطلب الثاني : مكونات التنازع المتغير أو المتحرك
- 67..... المطلب الثالث : حلول التنازع المتغير أو المتحرك
- 68..... المطلب الرابع : رأينا الخاص
- 69..... المبحث الثالث : مشكلة الإحالة
- 69..... المطلب الأول: معنى الإحالة ونوعها
- 71..... المطلب الثاني : نشأة الإحالة
- 73..... المطلب الثالث : وضع مشكلة الإحالة في الفكر القانوني
- 73..... أولاً : حجج المؤيدين
- 74..... ثانياً : حجج المعارضين
- 75..... ثالثاً: رأينا الخاص في الإحالة
- 77..... المبحث الرابع : مشكلة الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشاربع
- 77..... المطلب الأول : المقصدة بتعدد الشرائع
- 78..... المطلب الثاني: نطاق قاعدة التفويض
- 79..... أولاً : ضابط الجنسية

- 79..... ثانياً : ضابط الإرادة.
- 80..... ثالثاً: الضوابط المكانية.
- 81..... المبحث الخامس : مشكلة تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني
- 82..... المطلب الأول: مدى إلزامية قاعدة الإسناد وأساس تطبيقها
- 82..... أولاً : موقف الفقه
- 83..... ثانياً : موقف القضاء
- 85..... المطلب الثاني : الأساس القانوني لتطبيق القضاء الوطني للقانون الأجنبي
- 85..... أولاً : نظرية الحقوق المكتسبة
- 85..... ثانياً : نظرية القانون الأجنبي عنصر من عناصر الواقع
- 87..... ثالثاً : نظرية الاستقبال والاندماج.
- 88..... رابعاً : نظرية القانون الأجنبي يظل محتفظاً بطبيعته القانونية
- 89..... المطلب الثالث : إثبات مضمون القانون الأجنبي
- 89..... أولاً :موقف الفقه
- 90..... ثانياً: موقف القضاء
- 95..... المطلب الرابع : تفسير القانون الأجنبي
- 95..... أولاً : دور القاضي في تفسير القانون الأجنبي
- 96..... ثانياً : رقابة المحكمة العليا على تفسير القاضي الوطني للقانون الأجنبي

98.....	المبحث السادس : موانع تطبيق القانون الأجنبي
99.....	المطلب الأول: المقصود بموانع تطلب القانون الأجنبي وكيف ينشأ أو يتحقق
99.....	أولاً : مفهوم فكرة الدفع بالنظام العام وتطورها
100.....	ثانياً : التفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي
101.....	1- من حيث الوظيفة والفكرة
101.....	2- من حيث النتيجة
102.....	3- من حيث المجال
.....	4- من حيث الهدف
104.....	ثالثاً: الفرق بين النظام العام الأمر النسبي والنظام العام الأمر المطلق
104.....	1- النظام العام الأمر النسبي
106.....	2- النظام العام الأمر المطلق
106.....	رابعاً : شروط الدفع بالنظام العام
107.....	خامساً : أثر الدفع بالنظام العام
107.....	1- الأثر السلبي
108.....	2- الأثر الإيجابي
110.....	3- الأثر المخفف
111.....	المطلب الثاني: القدرع بالغش نحو القانون

- 111..... أولاً : مفهوم فكرة الدفع بالغش نحو القانون
- 112..... ثانياً نشأة نظرية الدفع بالنفس نحو القانون
- 112..... ثالثاً: شروط الدفع بالغش نحو القانون
- 114..... رابعاً : نطاق الدفع بالغش نحو القانون
- 117..... خامساً : أثر الغش والجزاء المترتب عليه

الباب الثاني

الضوابط المقررة لتنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون اليمني

- 119..... المقارن
- 119..... تقسيم وتمهيد :
- 120..... فصل تمهيد :
- المبحث الأول: تعريف الاختصاص القضائي الدولي وأهميته وأساس وجوده وعلاقته
بالاختصاص التشريعي والتأثر المتبادل فيها
- 120..... أولاً: تعريف الاختصاص القضائي الدولي
- 121..... ثانياً : التفرقة أو العلاقة بين الاختصاص القضائي الدولي أو الخارجي
- 122..... ثالثاً : العلاقة بين الاختصاص القضائي والتشريعي في مجال القانون الدولي الخاص
- 123..... رابعاً : أوجه الشبه والاختلاف بين الاختصاص القضائي والتشريعي
- 124..... خامساً: التأثير المتبادل بكلمن الاختصاص القضائي والتشريعي الآخر

- 1- الاختصاص القضائي يجلب الاختصاص التشريعي 125
- 2- الاختصاص التشريعي يجلب الاختصاص القضائي 126
- سادساً: الترتيب الزمني لكل من الاختصاص القضائي والتشريعي 127
- المبحث الثاني : الضوابط العامة في القانون المقارن لتحديد الاختصاص القضائي الدولي . 129
- المطلب الأول: الضوابط المستمدة من فكرة التوزيع الدولي للأشخاص 130
- أولاً : ضابط جنسية الخصوم الوطنية 130
- 1- وطنية المدعى 130
- 2- وطنية المدعى عليه 131
- ثانياً : ضابط الوطن 132
- 1- موطن المدعى 133
- 2- موطن المدعى عليه 135
- المطلب الثاني: الضوابط المستمدة من فكرة الإقليم 137
- أولاً : ضابط موطن أو محل إقامة الخصوم 137
- ثانياً : ضابط موقع المال 138
- ثالثاً: ضابط محل مصدر الالتزام أو مكان تنفيذه 138
- رابعاً: ضابط النظام العام 138

المطلب الثالث : الضوابط المستمدة من إرادة الخصوم في المنازعة139

الفصل الأول

134..... اختصاص المحاكم اليمنية بالمنازعات ذات الطابع الدولي

144..... المبحث الأول : ضوابط ثبوت الولاية للقضاء اليمني

148..... المطلب الأول : الضوابط الخاصة بدعاوى معينة أو ذات موضوع محدد

148..... الفئة الأولى : الضوابط الخاصة المتعلقة بالمعاملات

148..... الضابط الأول : تعلق الدعوى بعقار أو منقول كائن باليمن

153..... الضابط الثاني : تعلق الدعوى بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجباً تنفيذه في اليمن

158..... الضابط الثالث : تعلق الدعوى بإفلاس أشهر في اليمن

159..... الفئة الثانية : الضوابط الخاصة المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية

159..... الضابط الأول : تعلق الدعوى بالنفقات

162..... الضابط الثاني : الدعاوي المتعلقة بالنسب والولاية على النفس والمال

الضابط الثالث : الدعاوى المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية إذا كان القانون اليمني هو

164..... الواجب التطبيق

166..... الضابط الرابع: تعلق الدعوى بمسائل الإرث والتركات

168..... الفئة الثالثة : تعلق الدعوى بإجراء وقفي أو تحفظي يجري تنفيذه في اليمن

- المطلب الثاني: الضوابط العامة التي لا يتقيد إعمالها بموضوع ونوعها المنبئة على فن تنظيم
الخصومة القضائية..... 171
- الضابط الأول : توطن المدعى عليه أو إقامته في اليمن 172
- الضابط الثاني : ضابط إنساب المدعى عليه بجنسيته إلى اليمن 178
- الضابط الثالث : قبول الخصوم الخضوع الاختياري للمحكام اليمنية 178
- أولاً : النص التشريعي ومضمونه 179
- ثانياً : شروط صحة الإتفاق المناح للاختصاص 180
- ثالثاً: أشكال الخضوع الإرادي 180
- الضابط الرابع : قيام صلة إرتباط بين دعوتين أو دعاوي متعددة..... 181
- الحالة الأولى : المسائل الأولية 182
- الحالة الثانية: الطلبات المعارضة..... 182
- الحالة الثالثة: الطلبات المرتبطة 182
- المطلب الثالث: تنازع الاختصاص القضائي المتحرك والنظام العام الإجرائي 184
- الفرع الأول : تنازع الاختصاص القضائي المتحرك..... 184

- 184..... أولاً : مضمون المشكلة وطبيعة ضوابط الاختصاص الدولي.
- 185..... ثانياً : حل المشكلة والاعتداد بوقت رفع الدعوى
- 186..... الفرع الثاني : النظام العام الإجرائي ومدة تعاق قواعد الاختصاص بالنظام العام
- 186..... أولاً : الإتجاه نحو إعتبار قواعد الاختصاص الدولي من النظام العام
- 187..... ثانياً : الإتجاه نحو إعتبار قواعد الاختصاص الدولي من النظام العام
- 187..... ثالثاً : التدرج في تعلق قواعد الاختصاص بالنظام العام
- 189..... المبحث الثاني :ضوابط انتفاء الولاية عن القضاء اليمني في المنازعات الخاصة الدولية ...
- 189..... الضابط الأول : تعلق الدعوى بعقار كائن خارج اليمن
- 194..... الضابط الثاني : تعلق الدعوى بإجراء وقفي أو تحفظي يراد إتخاذه خارج اليمن
- 195..... الضابط الثالث : الدفع بالإحالة لقيام ذات الدعوى أمام محاكم أجنبية
- 197..... الضابط الرابع : الدفع بعدم قبول الدعوى لتعلقها بالحصانة القضائية
- 198..... أولاً : الحكم القضائي وآثاره هو النتيجة الطبيعية للخصومة

الفصل الثاني

- 202..... الآثار الدولية للأحكام والسندات الأجنبية والإعتراف بآثار الحكم الأجنبي
- 203..... المبحث الأول: تنفيذ الأحكام والسندات الأجنبية
- 203..... تمهيد: إشكالية وضرورة تنفيذ الحكم الأجنبي

- 204.....المطلب الأول : ماهية الحكم الأجنبي القابل للتنفيذ
- 204.....1- المراد بالحكم القضائي الأجنبي
- 208.....2- أن يكون الحكم القضائي ذو طبيعة أجنبية
- 210.....3- أن يكون الحكم في منازعة خاصة ودولية
- 212.....المطلب الثاني : الإجراءات القضائية للأمر بالتنفيذ للحكم الأجنبي
- 214.....الفرع الأول : موضوع دعوى أو طلب الأمر بالتنفيذ للحكم الأجنبي
- 218.....الفرع الثاني : الاختصاص القضائي بدعوى الأمر بالتنفيذ للحكم الأجنبي
- 220.....الفرع الثالث : إجراءات خصومة الأمر بالتنفيذ
- 227.....المطلب الثالث : الفصل في دعوى أو طلب الأمر بالتنفيذ
- 228.....الفرع الأول : سلطات قاضي الأمر بالتنفيذ
- 236.....الفرع الثاني : شروط الأمر بالتنفيذ
- 237.....أولاً : شرط صدور الحكم من محكمة مختصة دولياً
- 251.....ثانياً : شرط صحة الإجراءات القضائية
- 253.....ثالثاً : شرط حيافة الحكم قوة الأمر المقضي به
- 255.....رابعاً : شرط عدم تعارض الحكم الأجنبي مع حكم يمني سابق
- 262.....خامساً : شرط عدم تعارض الحكم الأجنبي مع النظام العام في اليمن
- 267.....الفرع الثالث : مضمون الحكم في دعوى الأمر بالتنفيذ

- المطلب الرابع : تنفيذ الأحكام الأجنبية المستعجلة 274
- الفرع الأول : تطبيق نظام الأمر بالتنفيذ على الأحكام الأجنبية المستعجلة 276
- الفرع الثاني : تعطيل نظام الأمر بالتنفيذ بشأن الأحكام الأجنبية المستعجلة 277
- المبحث الثاني : حجية الأحكام الأجنبية 283
- المطلب الأول : الحكم الأجنبي وحجية الأمر المقضي به 284
- أولاً : ماهية حجية الأمر المقضي به وتعلقها بالنظام العام 284
- ثانياً : الإتجاهات المختلفة حول حجية الأمر المقضي به 285
- المطلب الثاني : الحكم الأجنبي وحجية قوته الشبوتيه 290
- المطلب الثالث : الحكم الأجنبي وحجيته كواقعة قانونية 292
- الفهرس : 294

