فكرة قابلية الحقوق للتصرف في نطاق تنازع القوانين

أ . حمزة قتال *

مقدمـة :

إذا ما عـرض علـى القاضـي الـوطني نـزاع بشـأن علاقـة خاصـة ذات عنصـر أجـنبي ، فإنـه سـوف يسـلك أحـد الحلـين الآتـيين؛ فإمـا أن يطبـق عليـه القواعـد الموضوعية الوطنية مباشرة ، أو أن يطبق أحد قواعد الإسناد الوطنية ، التي قـد تشـير باختصاص القانون الوطني أو باختصاص قانون أجنبي ، وقد اختلـف الفقـه والقضـاء حول ما إذا كان للقاضي حق الاختيار بـين هـذين الحلـين ، أم لـيس لـه إلا تطبيـق قاعدة الإسناد ، وهذا ما يعبر عنه بمسألة القوة الملزمة لقاعدة الإسناد.

فنجد أن جانبا من الفقه والقضاء يرى بأن القاضي ملزم بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه ، ويرى جانب آخر من الفقه والقضاء بأنه غير ملزم بـذلك[1] ، بينمـا يرى الفقه والقضاء الفرنسيين بأن الإلزام مقتصر في الحقوق التي لايجوز للأطـراف التصرف فيها ، فهو يرى بالطبيعة المزدوجـة لقاعـدة الإسـناد ، ولجـأ في ذلـك إلى قابليـة الحقـوق للتصـرف كمعيـار للتمييـز بـين قواعـد الإسـناد الملزمـة وغـير الملزمة[2].

وأساس فكرة قابلية الحقوق للتصرف هذه هو انقسام العلاقـات الخاصـة في القانون الداخلي إلى أحوال شخصية وأحوال عينية[3] ، وبالنتيجة اخـتلاف الأحكـام

---

* قسم الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أكلي محند أولحاج ، بالبويرة .

(1) راجع : د. عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط 2004 ، ص325؛ د. الطيب زروتي ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، تنازع القوانين ، مطبعـة الفسيلة ، الجزائر ، ط 2008 ، ص93.

(2) Voir, Mayer (P) et Heuzé(V) ,Droit international privé, Delta, 8ème édition, 2005, p111 .

(3) إن الأحوال الشخصية تخص حقوق الأسرة التي تنشأ عن مركز الفرد في محيط أسـرته ، فهـي حقـوق غـير مالية لايمكن التعامل فيها بالتصرف فيها أو النزول عنها ، ولا يمكن الحجز عليها ، ولا تنتقل إلى الورثـة ، إلا أنها قد تقترن بتكاليف معينة كحق النفقة ، وقد تنشأ عنها حقـوق ماليـة ، كحـق الإرث ، وهـي تخضـع لنظامها في التعامل والانتقال ، أما الأحوال العينية فتخص الحقوق المالية ، وهي الحقـوق العينيـة والحقـوق الشخصية والحقوق الذهنية ، فموضوعها يقوم بالمـال ، والهـدف منهـا هـو تحصـيل فائـدة ماليـة ، ولـذلك يجوز التعامل فيها ، وهي تخضع للتقادم ، وتنتقل بـالميراث. راجـع : د. محمـدي زواوي فريـدة ، المـدخل للعلوم القانونية ، نظرية الحق ، Editions internationales ، ط1997 ، ص18.

الخاصة بكل صنف ، حيث أسندت الأحوال الشخصية إلى قواعد آمرة يتضمنها قانون الأسرة ، بينما أسندت الأحوال العينية إلى قواعد ، الأصل فيها أنها مكملة لإرادة الأفراد ، يتضمنها القانون المدني والقوانين الخاصة الأخرى.

وأمام الخلاف السابق ذكره يثار التساؤل عما إذا كانت فكرة قابلية الحقوق للتصرف تصلح كمعيار لتحديد طبيعة قواعد الإسناد ، فقاعدة الإسناد ستختلف بحسب الحقوق التي تنظمها ، فحقوق الأسرة غير قابلة للتعامل فيها ، والحقوق الأخرى قابلة للتعامل ، وكذلك لتحديد طبيعة القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي التي قد تنظم أي صنف من هذه الحقوق. وللتأكد من ذلك كله سوف نرى تطبيق فكرة قابلية الحقوق للتصرف في القضاء والتشريع (المبحث الأول) ، ولأن تحديد قابلية الحقوق للتعامل من عدمه سوف يتم بناء على قانون بعينه من بين القوانين المتنازعة ، مما يستدعي معرفة هذا القانون (المبحث الثاني).

المبحث الأول : تطبيق فكرة القابلية للتصرف

يعتمد جانب من القضاء المقارن فكرة قابلية الحقوق للتصرف لتحديد ما إذا كان القاضي الوطني ملزما بتطبيق قاعدة الإسناد تلقائيا أم هو غير ملزم بذلك (المطلب الأول) ، ويرى الفقه عندنا بأن المشرع قد اعتمد هذه الفكرة سواء فيما يتعلق بطبيعة قواعد الإسناد أو بطبيعة قواعد القانون الأجنبي المختص (المطلب الثاني).

المطلب الأول : القابلية للتصرف في القضاء المقارن

لقد كان لفكرة قابلية الحقوق للتصرف ظهور بارز في القضاء الفرنسي الذي كرسها في العديد من قراراته (الفرع الأول) ، وقد سايره في ذلك القضاء اللبناني (الفرع الثاني).

الفرع الأول : ظهور الفكرة في القضاء الفرنسي

اعتمد القضاء الفرنسي فكرة قابلية الحقوق للتصرف للتمييز بين قواعد الإسناد الملزمة ، وقواعد الإسناد غير الملزمة (1) ، وتبعا لذلك فقد اعتمدها للتمييز بين قواعد القانون الأجنبي الذي أشارت باختصاصه قاعدة الإسناد (2) .

1. التمييز بين قواعد الإسناد :

يأخذ القضاء الفرنسي بالطبيعة المزدوجة لقاعدة الإسناد بالنسبة لقوتها الملزمة ، ولأجل التمييز بين قواعد الإسناد الملزمة وقواعد الإسناد غير الملزمة لجأ أولا إلى فكرة النظام العام (1.1) ، ثم تحول تدريجيا نحو الأخذ بفكرة قابلية الحقوق للتصرف (2.1) .

1.1. معيار النظام العام :

كان القضاء الفرنسي في البداية يأخذ بفكرة النظام العام لتحديد الطابع الملزم لقاعدة الإسناد ، وقد كرس هذا المبدأ بوضوح قرار محكمة النقض الفرنسية في قضية « Bisbal » الشهيرة الصادر في 1959/05/12[1] ، الذي اعتبر أن طبيعة قاعدة الإسناد الفرنسية تختلف تبعا للقانون الذي تشير إليه ، فإذا كان القانون الفرنسي هو المشار إليه فإن قاعدة آمرة تتعلق بالنظام العام ، ويجب على القاضي إعمالها تلقائيا ، أما إذا كان القانون المشار إليه قانونا أجنبيا فهي قاعدة مكملة ، والقاضي غير ملزم بإعمالها ما لم يتمسك بها الخصوم ، ولكن مع ذلك يجوز للقاضي إعمالها تلقائيا[2].

وقد انتقد هذا الموقف بسبب أنه علق طبيعة قاعدة الإسناد على نتيجتها ، أي بحسب القانون الذي تشير إليه ، فهي لاتتعلق بالنظام العام إلا إذا أشارت باختصاص القانون الفرنسي ، فهذا المنطق يبدوا خارجا عن المألوف[3] ، كما أنه أخلط بين صفة الإلزام والنظام العام ، وهما أمران مستقلان عن بعضهما؛ فالقاعدة القانونية ملزمة ولو لم تتعلق بالنظام العام[4]. وقد أسهمت هذه الانتقادات الفقهية في الزوال التدريجي لفكرة النظام العام كأساس لتحديد طبيعة قاعدة الإسناد ، وحلت محلها فكرة حرية التصرف في الحقوق[5].

2.1. معيار القابلية للتصرف :

كان منطلق فكرة القابلية للتصرف من نص المادة 3/12 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي[6] التي تقضي بأن للأطراف وبناءً على اتفاق صريح في الحقوق

(1) Voir,Cass.1er civ.,12 mai 1959, Bisbal, J.C.P.1960.II.11733, note H. Motulsky.

(2) Batiffol(H) et Lagarde(P) ,Droit international privé,Tome1,8ème édition,L.G.D.J,Paris, p534.

(3) د. موحند إسعاد ، القانون الدولي الخاص ، ج1 ، قواعد التنازع ، ترجمة فائز أنجق ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط1989 ، ص231؛ Mayer (P) et Heuzé (V) , op. cit .p110.

(4) د. هشام علي صادق ، تنازع للقوانين ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ط 2007 ، ص150.

(5) فقد استبدلته محكمة النقض بمعيار مزدوج وهو قابلية الحقوق للتصرف ومصدر قاعدة الإسناد ، في قرارين لها في 1983/03/09 و1986/03/04 ، غير أنها عدلت عن ذلك في القرارين الصادرين في 11 ، 1988/10/18 ؛ مقررة بأن قاعدة الإسناد ملزمة مطلقا ، لكنها رجعت إلى اعتماد المعيار المزدوج في القرار الصدر بتاريخ 1990/12/04؛ راجع :
Batiffol (H) et Lagarde (P) op. cit. p535; Mayer (P) et Heuzé (V) , op. cit. p111.

(6) تنص المادة 3/12 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي :
" … Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles

التي لهم حق التصرف فيها ، أن يقيدوا القاضي بالتكييفات والنقاط القانونية التي يتفقون على حصر الدعوى في إطارها ، فمن شأن إعمال هذا النص في إطار تنازع القوانين أن يسمح للأطراف بالتنازل عن إعمال قاعدة الإسناد التي تتعلق بحقوق يجوز التصرف فيها بناءً على اتفاق صريح(1).

ويعد قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 1999/05/26(2) مُعَبراً على هذا التطور في القضاء الفرنسي ، حيث اعتمد معيار قابلية التصرف في الحقوق ، فقاضي الموضوع لايكون ملزما بإعمال قاعدة الإسناد تلقائيا إلا إذا تعلق النزاع بحقوق لايجوز للأطراف التصرف فيها(3).

وقد استمرت محكمة النقض على هذا الموقف في العديد من القرارات الحديثة ، كقرارها الصادر في 2009/02/11 الذي قضت فيه بأن القاضي الفرنسي فيما يخص الحقوق غير قابلة للتصرف فيها يكون ملزما بإعمال قاعدة التنازع والبحث عن القانون المعين من قبل هذه القاعدة(4) ، وهو نفس ما جاء في قرارها الصادر في 2010/03/03(5).

وما يمكن استخلاصه هو أن محكمة النقض الفرنسية قد استقرت على الأخذ بفكرة قابلية التصرف في الحقوق للقول ما إذا كانت قاعدة الإسناد ملزمة أم لا.

---

entendent limiter le débat…".

(1) لقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية سكوت الأطراف في مقام الاتفاق الصريح ، وهذا يؤدي إلى نتائج غير مقبولة ، ذلك أن سكوتهم قد يكون بسبب جهلهم بقواعد الإسناد لارغبة في استبعادها ، راجع : د. حفيظة السيد الحداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص ، المبادئ العامة في تنازع القوانين ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط2007 ، ص53.

(2) قضت محكمة النقض في هذا القرار بأنه لما كان الأمر يتعلق بحقوق يملك الأطراف حرية التصرف بها ، فإن محكمة الاستئناف تكون قد أسست حكمها قانونا باستنادها إلى القانون الفرنسي ، طالما أن أحدا من الأطراف لم يتمسك بإعمال معاهدة لاهاي الموقعة في 1955/06/15 من أجل تطبيق القانون الأجنبي ، راجع :

- Cass. 1er civ, 26/05/1999, Sté Mutuelle du Mans,Rev.crit.DIP .1999.707, note H. Muir _ Watt.

(3) Voir, Mayer (P) et Heuzé (V) , op. cit. p112.

(4) la Cour de cassation estime que+incombe au juge français, pour les droits indisponibles, de mettre en oeuvre la règle de conflit de lois et de rechercher le droit désigné par cette règle+; Voir,Cass.1er civ., 11/02/2009 ,(0810..387) , Bull.civ,N 02, p22.

(5) Voir, Cass.1erciv., 03/03/2010, Bull.civ, N 03, p50.

2. التمييز بين القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي :

كانت محكمة النقض الفرنسية ترى بأن القانون الأجنبي يعتبر مجرد واقعة صرفة ، وكان قضاؤها يخلط بين تطبيق القانون الأجنبي والقوة الملزمة قاعدة الإسناد ، حيث لم يكن يتعرض بصفة منفصلة لهذه المسألة الأخيرة ، ولكن القرار الصادر من محكمة النقض الفرنسية في قضية « BISBAL » في 1959/05/12 السابق ذكره يعتبر هو الأول الذي وضع التفرقة بين هاتين المسألتين ، لكنها أبقت على الصفة الواقعية للقانون الأجنبي.

وفي تطور آخر ألزمت محكمة النقض الفرنسية القضاة بتطبيق القانون الأجنبي تلقائيا في حالتي الحقوق التي لايجوز التصرف فيها وقاعدة الإسناد ذات المصدر الاتفاقي وذلك في قرار لها بتاريخ 09 مارس 1983 ، والقرار الصادر بتاريخ 04 مارس 1986[1] ، وتأكيدا لهذا قضت في قرار لها في قضية « Coveco et autre Vesoul transports » بتاريخ 1990/12/04[2] بأنه في المسائل التي لاتخضع لاتفاقية دولية أو تلك التي يكون لهم فيها حرية التصرف في حقوقهم ، لاينعى على قاضي الموضوع إذا لم يبحث تلقائيا عن القانون الواجب التطبيق في الموضوع.

أما في القرار الصادر بتاريخ 26 /1999/05[3] فقد أشارت محكمة النقض الفرنسية إلى الصفة القانونية للقانون الأجنبي في نزاع يتعلق بالحقوق التي لايجوز التصرف فيها ، حيث قضت بأنه بقضائه على هذا النحو ، ودون أن يبحث القاضي من تلقاء نفسه الآثار التي تترتب على إعمال القانون الشخصي للأم على الدعوى المرفوعة أمامها ، فإن محكمة الاستئناف تكون قد أغفلت إعمال النصوص المشار إليها أعلاه.

وعليه يبدوا أن محكمة النقض الفرنسية في نظرتها لقواعد القانون الأجنبي المختص تفرق أيضا بين المسائل الخاصة بحقوق لايجوز للأطراف التصرف فيها ، حيث تعتد بالقانون الأجنبي بمثابة قانون ، والمسائل التي تتعلق بحقوق يجوز للأطراف التصرف فيها ، حيث لاتعتد بالقانون الأجنبي بمثابة القانون[4].

(1) Voir, Cass. 1er civ., 9 mars 1983, JCP.1984.II.20295, note P. Courbe; Civ. 1re, 4 mars 1986 : JCP. 1986. II. 241, note Simler.

(2) Voir, Cass.1er civ., 4 décembre 1990, Sté Coveco, Rev CRIT. DIP .1991.558, note M- L. Niboyet - Hoegy .

(3) مشار إليه سابقا ، راجع : ص4.

(4) Mayer (P) et Heuzé (V) , op, cit, p112.

الفرع الثاني : القابلية للتصرف في القضاء اللبناني

يعتمد القضاء اللبناني الازدواجية في معاملة قواعد الإسناد ، وفي معاملة القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي ، استنادا إلى فكرة قابلية الحقوق للتصرف ، وبذلك يبدو تأثره واضحا بالاتجاهات الحديثة في القضاء الفرنسي[1] ، وهذا ما هو مثبت في الحكم الصادر عن محكمة التمييز بتاريخ 1999/11/30[2] مثلا ، حيث قضت بأن : « محكمة التمييز الفرنسية تقرر أنه في القضايا التي تملك الأطراف حرية التصرف بها ، يتعين على من يتذرع بالقانون الأجنبي أن يطلب تطبيقه على الدعوى ، وأن يثبت مضمونه المخالف للقانون الوطني ، بمعنى أن القاضي لايلزم بتطبيق القانون الأجنبي تلقائيا ، والقانون اللبناني سار على هذا النحو عندما نص في المادة 142 من قانون الأصول المدنية على أن إثبات القانون الأجنبي ، وهو بمثابة واقعة ، يطلب ممن يتمسك به ، وعلى القاضي أن يحكم بالقانون اللبناني إذا تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي... وفي القضية طالما أن النزاع يتعلق بحقوق يعود للطرفين التصرف بها ، كان يتعين على الشركة أن تدلي بالقانون الأجنبي الذي ترى تطبيقه وأن تثبت اختلافه عن القانون اللبناني... لأنه لايتوجب على القاضي إثبات تطبيق القانون الأجنبي عفوا في غير الحالات التي لايملك الأطراف التصرف بها ، كتلك التي تتعلق بالنظام العام».

وقد أكدت محكمة التمييز اللبنانية هذا الموقف في حكم آخر في 2002/02/22[3] ، حيث قررت « ...إن الدعوى الحالية... تتعلق بحقوق يعود للأطراف التصرف بها ، فكان على الشركة أن تدلي أمام محكمة الاستئناف بالقانون الأجنبي الذي تدعي تطبيقه وأن تثبت مضمونه... ».

المطلب الثاني : موقف المشرع من القابلية للتصرف

يرى جانب من الفقه بأن المشرع قد اعتمد فكرة قابلية الحقوق للتصرف في تحديد الطابع الإلزامي لقاعدة الإسناد (الفرع الأول) ، بينما يرى الفقه الغالب بأنه قد أخذ بها في تحديد طبيعة القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي المختص (الفرع الثاني).

---

(1) انتقد الفقه اللبناني هذا الموقف ، حيث يرى بأن القاضي يكون ملزما بإعمال قاعدة الإسناد حتى ولو عينت قانونا أجنبيا ، ولو لم يتمسك بها الخصوم ، ولو تعلقت بحقوق يجوز للأطراف التصرف ، بشرط أن تحترم مبادئ الخصومة المدنية ، راجع : د. حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص62 ؛ د. عكاشة محمد عبد العال ، المرجع السابق ، ص334.

(2) الحكم الصادر عن محكمة التمييز اللبنانية في 1999/11/30 رقم 34 ، مجلة العدل 2000 ، ص189 ، أشار إليه د. عكاشة محمد عبد العال ، المرجع السابق ، ص333.

(3) الحكم الصادر عن محكمة التمييز اللبنانية في2002/02/22 ، مجلة العدل ، 2002 ، ع2 ، ص314 وما بعدها ، أشارت إليه د. حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص60.

الفرع الأول : القابلية للتصرف والقوة الملزمة لقاعدة الإسناد :

يرى بعض الفقه عندنا[1] بأن المشرع قد أخذ بفكرة قابلية الحقوق للتصرف في تحديد طبيعة قواعد الإسناد[2] ، عن طريق قوله بأن قواعد الإسناد لها الطابع المزدوج ، فهي تتعلق بالنظام العام لما تتعلق بمسائل الأحوال الشخصية ، أي في الحقوق غير القابلة للتصرف ، بينما في الحقوق الأخرى يتوقف تعلقها بالنظام العام من عدمه على ماهية القانون الذي تشير إليه ، فهي تتعلق بالنظام العام إذا عينت القانون الوطني كقانون واجب التطبيق ، ولا تتعلق بالنظام العام إذا عينت قانونا أجنبيا[3].

الفرع الثاني : القابلية للتصرف وطبيعة قواعد القانون الأجنبي

يرى الفقه الغالب عندنا[4] بأن المشرع قد أخذ بفكرة قابلية الحقوق للتصرف لتحديد طبيعة القانون الأجنبي ، وذلك من أخذه بالطبيعة المزدوجة للقانون الأجنبي ، إذ اعتبره قانونا في مجال الأحوال الشخصية(الحقوق غير قابلة للتصرف فيها) ، أما ماعدا ذلك لايعتبر القانون الأجنبي قانونا ، وهو ما يفهم حسب هذا الرأي من المادتين 233 و234 من قانون الإجراءات المدنية[5] ، فالمشرع يميز بين القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية والذي يكون وجها من أوجه الطعن بالنقض ، أي أنه يتعلق بالنظام العام والقوانين الأخرى التي لاتخضع للطعن بالنقض لأنها تعتبر كواقعة[6].

وحيث يقول الدكتور موحند إسعاد : « إنه يجدر التفريق هنا بين المواد التي تعود للنظام العام كالأحوال الشخصية ، وبين المواد التي تقبل حرية الأطراف ،

(1) راجع : د. عليوش كربوع كمال ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، تنازع القوانين ، الجزء الأول ، دار هومة ، الجزائر ، ط2006 ، ص122 ، 144؛ وخلافا لهذا الرأي يرى الفقه الغالب بأن القاضي الجزائري ملزم بأن يطبق تلقائيا قاعدة الإسناد الوطنية ، ولو لم يتمسك بها الخصوم ، راجع مثلا ، د. الطيب زروتي ، المرجع السابق ، ص93.

(2) وقد أخذت بها أيضا مجلة القانون الدولي الخاص التونسية الصادرة في1988/11/27 في الفصل 28 الذي نص بأن» قاعدة التنازع من قواعد النظام العام إذا كان موضوعها صنفا يتضمن حقوقا ليست فيها للأطراف حرية التصرف ، وفي الحالات الأخرى تكون القاعدة ملزمة للقاضي إلا إذا عبرت الأطراف بصورة جلية عن إرادتها في عدم تطبيقها ».

(3) راجع : د. عليوش كربوع كمال ، المرجع السابق ، ص122.

(4) راجع : د. عليوش كربوع كمال ، المرجع السابق ، ص121؛ د. الطيب زروتي ، المرجع السابق ، ص266؛ د. موحند إسعاد ، المرجع السابق ، ص232.

(5) إن المادتين 233 فقرة5 و234 من قانون الإجراءات المدنية القديم تقابلان على التوالي المادتين358فقرة6 و 360 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الحالي ، فالمادة358فقرة6 تنص بأن »مخالفة قانون أجنبي متعلق بقانون الأسرة» ، وجه للطعن ، وأما المادة 360 فلها نفس مضمون المادة 234.

(6) د. عليوش كربوع كمال ، المرجع السابق ، ص121 ، 134 ، 135؛ الطيب زروتي ، المرجع السابق ، ص266.

كما هي الحال في المواد التعاقدية ، ففي الحالة الأولى لايمارس اتفاق الأطراف أي تأثير على القانون واجب التطبيق حيث يحتفظ القاضي بكافة سلطاته ، أما في الحالة الثانية ، وفيما عدا آلية الغش ، يمكن للأطراف أن يستتروا على العناصر الأجنبية للقضية ، ويمثل هذا مظهرا من مظاهر استقلالية الإرادة التي تعني بالنسبة لهم السكوت عن القانون المستوجب تطبيقه بصورة طبيعية ، وتفضيلهم ضمنيا قانون قاضي الدعوى »[1].

فبناءً على ما سبق بيانه نرى بأن المشرع قد أخذ بفكرة قابلية الحقوق للتصرف في لتقرير الطبيعة المزدوجة للقانون الأجنبي ، فهو قانون في مسائل شؤون الأسرة ، وفي غيرها يعتبر واقعة ، وعلى رأي في الفقه عندنا أنه قد أخذ بالفكرة أيضا في تحديد طبيعة قواعد الإسناد ، فهي ملزمة في مسائل شؤون الأسرة ، وغير ملزمة في المسائل الأخرى ، وإن كان الفقه الغالب يرى بأنها ملزمة في كل الأحوال.

المبحث الثاني : القانون الواجب التطبيق على قابلية الحقوق للتصرف

إن اتصال العلاقة ذات العنصر الأجنبي بأكثر من قانون يثير التساؤل حول القانون الذي يتم الرجوع إليه للتمييز بين الحقوق التي تقبل التصرف فيها والحقوق التي لاتقبل التصرف فيها[2] ، فيما إذا سيكون هذا التمييز وفقا لقانون الموضوع(المطلب الأول) ، أم وفقا لقانون القاضي(المطلب الثاني).

المطلب الأول : إخضاع قابلية الحقوق للتصرف لقانون الموضوع

يرى جانب من الفقه في كل من ألمانيا وفرنسا[3] بأنه يتعين تطبيق القانون الذي يحكم موضوع النزاع لتحديد ما إذا كانت الحقوق محل النزاع مما يجوز للأطراف التصرف فيها أم لا ، ويستند هذا الاتجاه إلى العديد من الحجج (الفرع الأول) ، وقد تعرض لانتقادات الفقه (الفرع الثاني).

الفرع الأول : حجج الرأي

يستند هذا الرأي إلى ثلاث حجج هي ، أن قاعدة الإسناد ملزمة(1) ، وتحقيق مبدأ المساواة بين القانون الوطني والقانون الأجنبي(2) ، وأن مسألة تحديد الحقوق القابلة للتصرف تتعلق بمحل الحق وليس بالفئة المسندة(3).

---

(1) د. موحند إسعاد ، المرجع السابق ، ص232.

(2) راجع : د. أشرف وفاء محمد ، المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن ، دون مكان طبع ، 2006 ، ص228؛ Mayer(P) et Heuzé (V) , op. cit. p112,113

(3) من هؤلاء « D. Aleixandre ،R. Frank » ، راجع : د. أشرف وفاء محمد ، المرجع السابق ، ص230؛ ومن الفقه الجزائري ، د. عليوش كربوع كمال ، المرجع السابق ، ص139.

1. قاعدة الإسناد ملزمة :

وفقا لهذا الرأي تعد قاعدة الإسناد قاعدة ملزمة ، ويجب على القاضي إعمالها تلقائيا ، ولذا فإن القانون الذي يتعين الرجوع إليه لتحديد قابلية الحقوق للتصرف هو القانون الذي يحكم الموضوع وليس قانون القاضي ، ذلك أنه عندما تشير قاعدة الإسناد باختصاص قانون أجنبي ، فإن ما يمكن استبعاده ليس قاعدة الإسناد ، وإنما القواعد غير الآمرة في القانون الأجنبي المختص ، وطالما الأمر كذلك فيجب أن يترك تحديد الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها ، أي الحقوق التي يملكون بخصوصها الاتفاق على القانون الواجب التطبيق ، للقانون الذي يحكم الموضوع وليس لقانون القاضي(1).

2. تحقيق المساواة بين القانون الوطني والقانون الأجنبي :

إن تطبيق القانون الذي يحكم الموضوع على مسألة قابلية الحقوق للتصرف هو الذي يكفل تحقيق مبدأ المساواة في المعاملة بين القانون الوطني والقانون الأجنبي ، فإذا كان القانون الواجب التطبيق على الموضوع هو القانون الوطني خضع لهذا القانون تحديد الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها ، ويمكنهم بالتالي التنازل عن تطبيق القانون الوطني والمطالبة بتطبيق قانون أجنبي ، وعلى العكس من ذلك عندما يتعلق الأمر بقانون أجنبي هو الواجب التطبيق على الموضوع فإن قابلية الحقوق للتصرف تخضع لهذا القانون الأجنبي ذاته وليس لقانون القاضي ، ويمكن بالتالي للأطراف التنازل عن تطبيق القانون الأجنبي والمطالبة بتطبيق قانون آخر سواء كان هو قانون القاضي أو أي قانون أجنبي آخر(2).

3. تعلق القابلية للتصرف بمحل الحق :

إن مسألة معرفة ما إذا كانت الحقوق تقبل التصرف فيها ، أم لايجوز التصرف فيها ، تتعلق بمحل هذه الحقوق ، ولا تتعلق بتحديد الفئة المسندة لقاعدة الإسناد الوطنية ، لذلك فإنه يتعين أن تخضع هذه المسألة للقانون الذي يحكم الموضوع(3).

الفرع الثاني : إعمال قانون الموضوع غير عملي

إن القول باتخاذ القانون الذي يحكم موضوع النزاع مرجعا لتحديد قابلية الحقوق للتصرف رأي غير عملي ، لأنه يضطر القاضي إلى استنطاق القانون

(1) د. أشرف وفاء محمد ، المرجع السابق ، ص230.
(2) د. أشرف وفاء محمد ، المرجع نفسه ، ص231.
(3) Mayer (P) et Heuzé (V) , op. cit. p114.

الأجنبي لمعرفة قدرة الخصوم على إعفائه من تطبيقه[1] ، فهو يجعل من مهمة القاضي في تحديد قابلية الحقوق للتصرف مهمة عسيرة ، حيث يتوجب عليه إثبات مضمون القانون الأجنبي المختص بحكم الموضوع للفصل في هذه المسألة ، وهذا ما جعل البعض يرى بأنه غير مكلف بإثبات مضمون هذا القانون ، بل يكلف الخصوم بذلك لإثبات عدم قابلية الحقوق للتعامل وفقا لهذا القانون ، حتى يمكنهم التمسك بقانون آخر ، ومع ذلك يبقى هذا الإثبات عسيرا على الخصوم ، لأن استبعادهم للقانون الأجنبي المختص قد يكون بسبب جهلهم بأحكامه وتعذر إثباتها[2].

وبناء على ما سبق ينبغي الرجوع إلى قانون القاضي لتحديد قابلية الحقوق للتعامل فيها من أجل التيسير على القاضي والأطراف على حد سواء.

المطلب الثاني : إخضاع قابلية الحقوق للتصرف لقانون القاضي

يرى جانب آخر من الفقه[3] بأنه يتعين تطبيق قانون القاضي لتحديد ما إذا كانت الحقوق محل النزاع تعتبر حقوقا يجوز للأطراف التصرف فيها أم لا ، فقانون القاضي له الأولوية في التطبيق على قانون الموضوع في هذا الشأن ، ويستند هذا الرأي إلى حجتين اثنتين سيأتي بيانهما (الفرع الأول) ، ويعتبر الأخذ بهذا الرأي أمر ضروري (الفرع الثاني).

الفرع الأول : حجج الرأي

يستند هذا الرأي على حجتين ، الأولى تتمثل في أن فكرة قابلية الحقوق للتصرف مسألة إجرائية (1) ، والثانية أن هذه الفكرة تتعلق بالتكييف (2).

1. فكرة القابلية للتصرف مسألة إجرائية :

يرى أنصار هذا الرأي بأن الأولوية في التطبيق على قابلية الحقوق للتصرف تكون لقانون القاضي لأن قابلية الحقوق للتصرف منصوص عليها في المادة 3/12 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي سالفة الذكر ، وهذا ما يدل على أن الأمر يتعلق بمسألة إجرائية تخضع لقانون القاضي[4].

---

(1) Mayer (P) et Heuzé (V) , op. cit. p114.

(2) د. أشرف وفاء محمد ، المرجع السابق ، ص232.

(3) Voir, Mayer (P) et Heuzé (V) , op. cit. p114.

(4) وقد تعرضت هذه الحجة إلى النقد ، على أساس أن ورود مسألة قابلية الحقوق للتصرف ضمن قواعد الإجراءات المدنية لايلزم إخضاعها لقانون القاضي ، فهناك مسائل أخرى واردة فيه أيضا لكنها تخضع للقانون الأجنبي ، كالتقادم بوصفه سبب لعدم قبول الدعوى مثلا ، ناهيك عن أن التفرقة بين المسائل الإجرائية والموضوعية ليست حاسمة ومن الصعب وضع خط فاصل بينهما ، راجع : د. أشرف وفاء محمد ، المرجع نفسه ، ص229.

2. تحديد القابلية للتصرف مسألة تكييف :

يعتبر التكييف مرحلة سابقة على تحديد القانون المختص بحكم موضوع النزاع ، والفقه والقضاء والتشريعات في أغلب الدول مجمعة على أنه يخضع لقانون القاضي ، وهو لايعد سوى مسألة تفسير لقاعدة الإسناد الوطنية ، ولأن تحديد قابلية الحقوق للتصرف تعد تكييفا سابقا على تحديد القانون المختص بحكم الموضوع ، ومن ثم يكون من الطبيعي أن يسري على هذه المسألة قانون القاضي(1).

لكن يلاحظ أن مسألة البحث عن القانون المختص لتحديد قابلية الحقوق للتصرف لاتتعلق بتحديد قواعد الإسناد ، بل تتعلق بمسألة ما إذا كان يمكن للأطراف التصرف في الحقوق التي تتعلق بها قاعدة الإسناد ، فالأمر إذن يتعلق بتحديد القوة الملزمة لقاعدة الإسناد الوطنية بالنسبة للأطراف ، ولذلك يتعين تطبيق المعايير المتبعة في قانون القاضي على هذه المسألة ،

على أن تطبيق قانون القاضي في هذا الشأن لايعني استبعاد القانون المختص بحكم الموضوع كليا ، فقد نكون بصدد تكييف مسألة غير معروفة في قانون القاضي ، لذا يمكن الاستعانة بهذا القانون الذي يعرف تنظيما لتلك المسألة. ثم ينتهي دوره عند هذا الحد ، وهذا ما يسمى بالتوسع في التكييف والاستناد إلى مفهوم الحق في القانون الأجنبي(2).

الفرع الثاني : إعمال قانون القاضي أمر ضروري

يعد الرأي القائل بتطبيق قانون القاضي على قابلية الحقوق للتصرف هو الرأي الراجح ، فقانون القاضي له الأولوية في الرجوع إليه لتحديد الطابع الإلزامي لقاعدة الإسناد إعمالا لمعيار قابلية الحقوق للتصرف ، وهذا يعد نوعا من التكييف الذي يجب أن يجري بحسب قانون القاضي ، كما أن هذا الحل يتسم بالبساطة بالمقارنة مع الرأي السابق(3).

خاتمة :

إن فكرة قابلية الحقوق للتصرف ، لتحديد طبيعة قواعد الإسناد وقواعد القانون الأجنبي المختص ، وإن تعرضت لبعض الانتقادات ، إلا أن هناك من الأسباب التي تبرر تبني المشرع لهذه الفكرة ، فالصعوبات العملية في تطبيق قواعد القانون الأجنبي إثباتا وتفسيرا ، وإن لم تكن بالضرورة تبريرا لتبني الطبيعة

(1) د. أشرف وفاء محمد ، المرجع السابق ، ص229.
(2) د. أشرف وفاء محمد ، المرجع نفسه ، ص230.
(3) Voir, Mayer (P) et Heuzé (V) , op. cit. p114.

المزدوجة لقاعدة الإسناد ، كما يرى بعض الفقه ، فهي تبرر التمييز في المعاملة بين قواعد القانون الأجنبي المختص المتعلقة بشؤون الأسرة التي تعامل معاملة القانون ، فيلزم القاضي بتطبيقها وعليه عبء إثباتها ويخضع في تطبيقها لرقابة المحكمة العليا ، وبين القواعد الأخرى التي لاتعامل كذلك ، وفي هذا تيسيرٌ للقاضي الوطني وتستجيب للصعوبات السابق ذكرها.

أما بالنسبة للقانون الذي يتعين الرجوع إليه لتحديد ما إذا كانت الحقوق قابلة للتعامل أم لا ، فهو قانون القاضي ، والسبب في ذلك أن هذه المسألة تعد من قبيل التكييف الذي يعتبر مرحلة سابقة على تحديد القانون الواجب التطبيق بالنسبة لموضوع النزاع ، وإن كانت لاتتعلق بتحديد الفئة المسندة ، إنما بتحديد القوة الملزمة لقاعدة الإسناد الوطنية ، وهذا لايحول دون وجوب أن يرجع القاضي إلى قانونه الوطني.

قائمة المراجع / 1. المراجع باللغة العربية :

ـ د. الطيب زروتي ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، تنازع القوانين ، مطبعة الفسيلة ، الجزائر ، ط 2008.

ـ د. أشرف وفاء محمد ، المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن ، ط 2006.

ـ د. حفيظة السيد الحداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص ، المبادئ العامة في تنازع القوانين ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط2007.

ـ د. عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط2004.

ـ د. عليوش كربوع كمال ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، تنازع القوانين ، الجزء الأول ، دار هومة ، الجزائر ، ط2006 .

ـ د. محمدي زواوي فريدة ، المدخل للعلوم القانونية ، نظرية الحق ، Editions internationales ، ط1997.

ـ د. موحند إسعاد ، القانون الدولي الخاص ، ج1 ، قواعد التنازع ، ترجمة فائز أنجق ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط1989.

ـ د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ط2007.

2 - المراجع باللغة الفرنسية :

- Batiffol (H) et Lagarde (P), Droit international privé,Tome1,8ème édition, L.G.D.J, Paris.
- Mayer (P) et Heuzé (V), Droit international privé, Delta, 8ème édition, 2005.