مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال
The Journal of Research in Contracts and Business Law
المجلد 08/ العـدد: 02 (2023)، ص 161-177

القانون الواجب التطبيق على أهلية الالتزام الصرفي –دراسة مقارنة–

The Law Applicable to the Capacity of Exchange Obligation -Comparative Study-

لبيك شوقي[*] [1] ، يوسف فتيحة [2]

[1] جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان (الجزائر)، chaouki.labeik@univ-tlemcen.dz

[2] جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان (الجزائر)، fatiha.youcef@mail.univ-tlemcen.dz

مخبر القانون الخاص الأساسي (تلمسان)

تاريخ الاستلام: 2023/01/08 تاريخ القبول: 2023/04/05 تاريخ النشر: 2023/06/03

ملخص:

تحظى مسألة الأهلية في القانون الدولي الخاص بأهمية بالغة سواء في القواعد المتعلقة بتنازع القوانين أو بموجب الاتفاقيات الدولية المهتمة بتوحيد القانون الواجب التطبيق، مثل اتفاقيتي جنيف 1930 و1931 المتعلقة بالالتزامات الصرفية، والتي كان لها تأثير على العديد من تشريعات الدول. إلا أنها تثير الكثير من الإشكاليات القانونية سواء في التشريع الجزائري أو المغربي، كإشكالية القانون الواجب التطبيق عليها في نطاق الالتزامات الصرفية.

وعليه فإن هذه الدراسة تهدف إلى تبيان ما إذا خص التشريع الجزائري أو التشريع المغربي أهلية الالتزام الصرفي بقانون واجب التطبيق عليها، أم أنه يجب تطبيق القواعد العامة في هذه الحالة.

كلمات مفتاحية: القانون الواجب التطبيق، أهلية الالتزام الصرفي، اتفاقيتي جنيف.

Abstract:

The issue of capacity in private international law takes a very important place whether in the rules related to conflict of laws, or in the international conventions interested with unifying the applicable law, for example the Geneva convention 1930 and 1931 related to the exchange obligations which have had an impact on many countries' legislation, But the capacity poses several legal problems, whether in Algerian or Moroccan legislation, Such as the problem of applicable law to it in the field of exchange obligations.

The aim of this study is to indicate if Algerian or Moroccan legislation specified the capacity with a specific applicable law in the field of exchange obligations, or should general rules be applied in this case?

Keywords: Applicable law, Capacity of Exchange Obligation, Geneva Conventions.

[*] المؤلف المرسل.

مقدمة:

إذا كنا بصدد بيان وتحديد أهمية ومكانة الأهلية من علم القانون الدولي الخاص فإنه يتعين علينا أولا أن نُلقي الضوء على القانون الدولي الخاص، باعتبار موضوع الأهلية جزءًا منه ولا يستقيم معرفة الجزء دون معرفة الكل.

فالقانون الدولي الخاص يُعتبر حديث النشأة نسبيا مقارنة مع غيره من القوانين الأخرى، ولعل السبب في ذلك يكمن في أن الروابط التي يحكمها هذا القانون، وهي الروابط القانونية المشتملة على عنصر أجنبي لم تزدهر إلا في العصر الحديث، فواقع المجتمعات القديمة لم يكن يسمح بوجود مثل هذا النوع من العلاقات، إذ كان يلزم لذلك أن يُسمح للأجنبي بدخول تلك المجتمعات والإقامة بها و الاختلاط بأهلها، وكذلك الاعتراف له بالشخصية القانونية التي تُمكنه من التعامل مع غيره من مواطني تلك المجتمعات بيعًا و شراءً وإقراضًا واقتراضًا، إلى غير ذلك من المعاملات المالية والشخصية التي يمارسها الأفراد تلبية لرغباتهم المختلفة، بالإضافة إلى السماح بانتقال رؤوس الأموال و تداولها بين تلك المجتمعات، وهنا يمكن نشوء علاقات قانونية ذات عنصر أجنبي.[1]

إلا أن التطور الكبير في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، كان من شأنه نشوء حاجات جديدة لكل مجتمع وطني لم يعد يستطيع أن يفي بها بمعزل عن غيره من المجتمعات التي تحيط به، وأصبح ضروريًا على تلك المجتمعات تيسيرًا لتجارتها الخارجية وتلبية لحاجاتها المختلفة أن تفتح أبوابها أمام الأشخاص والأموال الأجانب على حد سواء، حتى يتم التكامل والتعايش الذي تفرضه طبيعة الأشياء.

هذا التطور في الحياة الاقتصادية والاجتماعية واكبه تطور في مركز الأجنبي، وأصبح يتمتع بحقوق متزايدة حتى تم اعتباره من أشخاص القانون في الدولة، لا يستمد شخصيته من مجرد تسامح الجماعة بل من قانون الدولة ذاته، وبتطور مركز الأجنبي برزت مشكلة تنازع القوانين التي تعتبر الجزء الأهم في القانون الدولي الخاص.[2]

أهمية الدراسة:

بعد أن سلطنا الضوء على هذا الفرع الحديث من فروع القانون، لنا أن نشير إلى أن موضوع الأهلية[3] يحظى بأهمية بالغة ضمنه، سواءً في القواعد المتعلقة بتنازع القوانين، أو بموجب الاتفاقيات التي يكون غرضها توحيد القانون الواجب التطبيق، كاتفاقيتي جنيف لسنة 1930 و1931 المتعلقة بالالتزامات الصرفية.

بالرجوع إلى المشرعين الجزائري والمغربي نجد بأنهما نظما مسألة الأهلية في نصوص قانونية مختلفة، ففي التشريع الجزائري تم تنظيمها في القانون المدني والقانون التجاري وقانون الأسرة، في حين وزع المشرع المغربي أحكامها على كل من مدونة الأسرة وظهير الالتزامات والعقود وقانون المسطرة المدنية ومدونة التجارة ومدونة الشغل، وظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب.

ورغم هذا التنظيم الذي حظيت به الأهلية في كل من التشريع الجزائري والمغربي إلا أنها تثير العديد من الاشكاليات والثغرات القانونية خاصة في إطار العلاقات الخاصة الدولية، و عليه **تهدف هذه الدراسة** إلى البحث في إشكالية القانون الواجب التطبيق على أهلية الالتزام الصرفي عندما يتم تداول السند التجاري بين دول مختلفة، **فهل خص**

كل من المشرع الجزائري والمغربي أهلية الالتزام الصرفي بضابط إسناد معين، أم أنه يتعين إعمال القواعد العامة في هذا المجال؟

المنهج المتبع في الدراسة:

بالنسبة للمنهج المتبع في هذه الدراسة فقد اتبعنا المنهج التحليلي و المنهج المقارن، كوننا لم نقتصر على نظام قانوني واحد وإنما عالجنا الموضوع كذلك في بعض التشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية ذات الصلة، وعلى وجه الخصوص اتفاقية جنيف لسنة 1930 الخاصة بتنازع القوانين في بعض حالات التنازع الخاصة بالسفتجة والسند لأمر، واتفاقية جنيف لسنة 1931 خاصة بأحكام الشيك.

وترتيبًا على ما تقدم فإن موجبات بلوغ أهداف هذه الدراسة، اقتضت منا تقسيمها إلى **محورين**: عالجنا في المحور الأول "القانون الواجب التطبيق على أهلية الالتزام الصرفي طبقًا لاتفاقيتي جنيف 1930 و 1931" وفي المحور الثاني "القانون الواجب التطبيق على أهلية الالتزام الصرفي طبقًا للتشريعين الجزائري والمغربي."

المحور الأول: القانون الواجب التطبيق على أهلية الالتزامات الصرفية طبقًا لاتفاقيتي جنيف 1930 و1931

إن الطبيعة الخاصة للسندات التجارية وما يتطلبه التعامل بها من تسهيل تداولها ولد الحاجة منذ القدم إلى توحيد القواعد القانونية فيما يخص السندات التجارية، حيث بُذلت عدة محاولات، والأهم هو ما أسفرت عليه تلك المحاولات من وجود اتفاقيتين متعلقتين بهذه الدراسة، ويتعلق الأمر باتفاقية جنيف لسنة 1930 الخاصة بتنازع القوانين في بعض حالات التنازع الخاصة بالسفتجة والسند لأمر، واتفاقية جنيف لسنة 1931 خاصة بأحكام الشيك.[4]

ومن بين أهم المسائل التي تعرضت لهما هاتين الاتفاقيتين، مسألة تنازع القوانين في مسائل الأهلية دون غيرها من الشروط الموضوعية الأخرى. وانطلاقا من أنه يلزم فيمن يوقع على الورقة التجارية أن يكون أهلا للالتزام الصرفي، أيا كانت الصفة التي وقع بمقتضاها، ساحبًا كان أو قابلاً أو مظهرًا أو قابلاً بالواسطة، فقد عالجت المادة الثانية في كل من اتفاقيتي جنيف 1930، 1931 الخاصتين بالسفتجة والسند لأمر والشيك هذه المسألة بقولها " تخضع أهلية الشخص للالتزام بمقتضى سفتجة أو سند لأمر (أو شيك) لأحكام قانونه الوطني، فإذا أحال هذا القانون الوطني على قانون دولة أخرى كان هذا القانون الأخير هو الواجب التطبيق، وإذا كان الشخص ناقص الأهلية وفقا للقانون المشار إليه في الفقرة السابقة، فإن التزامه يبقى مع ذلك صحيحًا إذا وضع توقيعه في إقليم دولة يعتبره تشريعها كامل الأهلية، ولكل دولة الحق في ألا تعترف بصحة التزام أحد رعاياها بمقتضى سفتجة أو سند لأمر (أو شيك) إذا كان هذا الالتزام لا يعتبر صحيحًا في إقليم الدولة المتعاقدة الأخرى إلا بتطبيق الفقرة السابقة من هذه المادة".[5]

هذا النص يتضمن مبدأ عامًا يرد عليه استثناءات، وعليه سنتطرق لمضمون المبدأ ومن ثم الاستثناءات الواردة عليه:

أولاً: المبدأ العام "تطبيق القانون الوطني" أي قانون الجنسية:

المبدأ في ظل اتفاقيتي جنيف هو إخضاع أهلية الملتزم صرفيا لقانونه الوطني أي قانون الجنسية، وهذا الحل تكرسه القواعد العامة في تنازع القوانين عند غالبية التشريعات المنظمة للاتفاقية، كما أنه هو المعمول به في كثير من الدول الأخرى التي لم تنظم إلى الاتفاقيتين، مثل مصر ولبنان وسوريا والعراق وليبيا والمغرب والجزائر كما سنأتي على توضيح ذلك لاحقا.[6]

والملاحظ أن الاتفاقية لم تتطرق لأهلية الشخص المعنوي، ويتجه الفقه الراجح إلى تطبيق أحكام القواعد العامة في هذا الشأن (م 3/10 و4 من القانون المدني الجزائري)[7] ، و (المادة 7 من ظهير 12 غشت 1913 الخاص بالوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب).[8]

كما لم تتعرض الاتفاقيتين كذلك إلى الحالة التي يكون فيها الملتزم صرفيًا شخصا طبيعياً عديم الجنسية أو لاجئا أو متعدد الجنسية، ويتجه الفقه الراجح كذلك بخصوص هذه الحالات إلى إعمال أحكام القواعد العامة المعمول بها في مادة الجنسية،[9] وسنزيد المسألة تفصيلا عند التعرض لموقف التشريعين الجزائري والمغربي من ذلك.

ثانيا: الاستثناءات الواردة على المبدأ

ذكرنا سابقا أن اتفاقيتي جنيف أوردتا على المبدأ استثناءين، وهما كالتالي:

1– الاستثناء الأول: الإحالة من القانون الوطني إلى قانون آخر

مقتضى هذا الاستثناء، وفقًا للمادة 1/2 من اتفاقيتي جنيف أنه إذا أحال القانون الوطني للملتزم صرفيا إلى قانون آخر، فإنه يجب تطبيق القانون الذي تمت الإحالة إليه، وبعبارة أخرى، فإنه يتعين في ظل هذا الاستثناء تطبيق القواعد الموضوعية لقانون الدولة المحال إليها دون اعتداد بقواعد التنازع في هذا القانون، وعلى ذلك فإن أهلية الإنجليزي في فرنسا تتحدد وفقا لقانون جنسيته، فإذا أحال القانون الإنجليزي إلى القانون الفرنسي بوصفه قانون موطن الشخص الإنجليزي كان القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق، وهكذا نجد أن أهلية الملتزم صرفيًا تتحدد وفقًا لأحد القانونين: قانون موطن الملتزم أو قانون الدولة التي تم فيها الالتزام.

وتقرير هذا الاستثناء يرجع إلى رغبة المؤتمر في تشجيع الدول الأنجلوسكسونية على الانضمام لاتفاقيات جنيف على أساس أن هذا الحل يسمح بإخضاع أهلية الملتزم الإنجليزي أو الأمريكي لقانون موطنه أو محل نشوء الالتزام.

فضلا عن ذلك، فإن واضعي الاتفاقيتين قد رأوا أن تحديد جنسية الملتزمين في الورقة التجارية أمر لا يخلو من الصعوبة، وأن الوقوف على قوانينهم الوطنية المتعلقة بالأهلية أمر لا يتجرد من العنت، سيما إذا تعلق الأمر بأهلية خاصة، و تزداد هذه الصعوبة فيما لو أحال القانون الوطني على فرض معرفته إلى قانون أجنبي آخر، حيث يتعين البحث في هذه الحالة أيضا عن النصوص الخاصة بالأهلية في هذا القانون، ففي مثل هذه الحالات جميعًا لا يكون ثمة متسع من الوقت أمام حامل الورقة أو أمام القابل للقيام بمثل هذا البحث والفرض أننا بصدد ورقة يعتمد تداولها على السرعة والثقة.[10]

ومن المقرر وفقًا للقواعد العامة في التنازع أن للإحالة نوعين: الإحالة إلى قانون القاضي (الإحالة من الدرجة الأولى) والإحالة إلى قانون أجنبي آخر (تسمى بالإحالة من الدرجة الثانية)، ويبدو من هذا النص أن الإحالة التي تعنيها

الاتفاقية تشمل الاثنين معًا، بدلالة أن النص يتكلم عن الإحالة لقانون دولة أخرى بصفة مطلقة a la loi d'un autre pays، وغاية ما هنالك هو أن هذه الإحالة لا تتم إلا لمرة واحدة، إذ لو أحال القانون المحال عليه إلى قانون دولة أخرى فلا يُعتد بهذه الإحالة الثانية.

وهناك دول عديدة لم تنظم إلى الاتفاقية، ولكن رفعت هذا الحكم إلى قوانينها الداخلية، على الرغم من عدم أخذها بالإحالة في قواعد الإسناد فيها، ومن هذه التشريعات، القانون العراقي،[11] حيث جاء باستثناء هام في (المادة 48 من قانون التجارة رقم 30 لسنة 1984) أخذًا عن اتفاقيتي جنيف، ونص هذه المادة هو كالآتي: "يرجع في تحديد أهلية الملتزم بمقتضى السفتجة إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، فإذا أحال هذا القانون إلى قانون دولة أخرى كان قانون تلك الدولة هو الواجب التطبيق".

2- الاستثناء الثاني: تدخل قانون محل نشوء الالتزام الصرفي

هذا الاستثناء خاص بالحالة التي يكون فيها الملتزم صرفيا ناقص الأهلية وفقًا لقانونه الوطني، أو وفقًا للقانون الذي تمت الإحالة إليه من القانون الوطني، ويكون هذا الشخص كامل الأهلية طبقا لقانون الدولة التي تم فيها الالتزام، وحكم الاستثناء في هذا الشأن أنه يجب اعتبار هذا الالتزام صحيحا لا غبار عليه (م2/2 من الاتفاقيتين).[12]

حاصل هذا الاستثناء إذًا هو أن يكون الموقع على الورقة أهلا لالتزامه إما وفقا لقانونه الوطني وإما وفقا لقانون الدولة التي نشأ فيها الالتزام الصرفي، أي تلك التي تم فيها التوقيع على الصك، ومفاد ذلك تطبيق القانون الأصلح منهما لحامل الورقة التجارية.

وقد تبنت هذا الاستثناء تشريعات كثير من الدول التي أخذت بقانون جنيف في تشريعاتها الداخلية، ومن هذه التشريعات، قانون التجارة العراقي في (الفقرة الثانية من المادة 48 السالفة الذكر)،[13] والتي تقضي بأنه: "إذا كان القانون الواجب التطبيق يعتبر الملتزم ناقص الأهلية، فإن التزامه بمقتضى السفتجة يبقى صحيحًا إذا وضع توقيعه عليها في دولة يعتبره قانونها كامل الأهلية".

وقد طُبق هذا الاستثناء بقصد تيسير تداول الأوراق التجارية ولضمان سرعة انتقالها وحماية الحامل الذي يكفيه التأكد من أن الملتزم كامل الأهلية وفقا لأي من هذين القانونين، وإذا كان الكشف عن القانون الوطني، أي قانون الجنسية، أمرًا ليس ميسورًا في نطاق الالتزامات الصرفية، فإن قانون محل إبرام التصرف من شأنه أن يحقق الحماية الكافية.

ومن هنا تكون الدول التي خصت هذه المسألة بقاعدة خاصة على غرار اتفاقيتي جنيف، قدرت أهمية الدور الذي تؤديه السندات التجارية في العلاقات الخاصة الدولية، خاصة أمام الانتقادات التي وُجهت إلى تطبيق قانون الجنسية على جميع فئات الإسناد بصفة عامة، وعلى السندات التجارية بصفة خاصة، بعكس الدول التي اكتفت بتطبيق القاعدة العامة التي تحكم الأهلية في نطاق التصرفات المالية، وخصتها بشروط لا تتلاءم مع ما تؤديه السندات التجارية من وظائف تتطلب السرعة والائتمان،[14] كما هو الحال بالنسبة للتشريعين الجزائري والمغربي، اللذان سنوضح موقفهما في المحور الموالي.

المحور الثاني: القانون الواجب التطبيق على أهلية الالتزام الصرفي طبقا للتشريعين الجزائري والمغربي

مما لا شك فيه أنه في حالة وجود نص خاص بأهلية الالتزام الصرفي، فإن الخاص يقيد العام، وكذا الحكم بالنسبة للمعاهدة، تطبيقا لسمو المعاهدة على القانون الداخلي،[15] ونظرا لعدم وجود هذين فما علينا سوى الرجوع إلى القاعدة العامة المنصوص عليها في كل من التشريعين الجزائري والمغربي.

فقد نصت المادة 10 /ف 1 و2 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم.

ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية، وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة..."

أما بالنسبة للتشريع المغربي، فعلاوةً على نص المادة 3 من ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب، التي تقضي بأنه "تخضع الحالة والأهلية الخاصة بالفرنسيين والأجانب لقوانينهم الوطنية" قرر المشرع المغربي إسناد الأهلية للقانون الوطني للشخص، وذلك بمقتضى المادة 3 من ظهير 12 غشت 1913 المكون لقانون الالتزامات والعقود التي جاء فيها ما يلي: "الأهلية المدنية للفرد تخضع لقانون أحواله الشخصية، وكل شخص أهل للإلزام والالتزام ما لم يصرح قانون أحواله الشخصية بغير ذلك".

ما يمكن ملاحظته من خلال النصوص السالفة الذكر هو أن كل من التشريع الجزائري و التشريع المغربي، أخضع أهلية الأشخاص لقانونهم الوطني كقاعدة عامة، الاختلاف فقط يكمن في أن المشرع الجزائري أورد استثناء على القاعدة العامة يستبعد من خلاله قانون الجنسية متى توفرت بعض الشروط على سبيل الحصر، هذا الاستثناء الذي استوحاه المشرع الجزائري من نظرية مشهورة عُرضت على القضاء الفرنسي تُعرف بنظرية المصلحة الوطنية، كما سنأتي على توضيح ذلك لاحقًا، في حين لم يتم النص على هذا الاستثناء في ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين و الأجانب في المغرب.

وعليه سنبحث في مضمون القاعدة العامة ومن ثم الاستثناء، حتى نستخلص مدى توفيرهما للحماية اللازمة بالنسبة لأهلية الالتزام الصرفي مقارنة بالحماية التي توفرها اتفاقيتي جنيف 1930 و1931 السالفة الذكر.

أولاً: القاعدة العامة: خضوع الأهلية لقانون الجنسية (الموقع على السند)

إن المراد بالأهلية المنصوص عليها في المادة 10 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر والمادة 3 في كل من ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب وظهير 12 غشت 1913 المكون لقانون الالتزامات والعقود المغربي هي أهلية الأداء،[16] كما أن المراد بهذه الأخيرة الأهلية العامة وليس الأهلية الخاصة، والتي أساسها التمييز، وهي التي قصد المشرع أن يخضعها لقانون الجنسية.

وبالتطبيق لهذا المبدأ فإنه يُرجع إلى قانون الجنسية لمعرفة مدى تأثر أهلية الشخص بالسن وهل هو راشد أو ناقص الأهلية أو عديمها، ومدى قدرة ناقص الأهلية على إبرام التصرفات المختلفة، والجزاء المترتب على مباشرة التصرف رغم عدم توافر الأهلية اللازمة، ويُرجع إلى هذا القانون كذلك في كل ما يتعلق بعوارض الأهلية وما يترتب عليها من كل آثار.[17]

وفي مجال تطبيق هذا المبدأ "قانون الجنسية" على السندات التجارية، فيجب أن يكون الموقع على السند التجاري أهلا للالتزام الصرفي مهما كانت الصفة التي التزم بها، وبالتالي إذا كان الملتزم مغربي الجنسية، فيجب الرجوع إلى الأهلية الواجبة التوقيع في الالتزام الصرفي، وبالتالي إذا كان السند كمبيالة (سفتجة)، فيجب في الملتزم أن يكون أهلا للتوقيع على هذا السند الذي يشترط فيه الأهلية التجارية، تطبيقا لنص المادة (164 من مدونة التجارة)[18] والتي تقابلها المادة 393 من القانون التجاري الجزائري، أما باقي السندات فيكفي تطبيق أهلية الالتزام العامة، مع ملاحظة أن هذا التوقيع إذا كان باطلا، فإن ذلك لا يمس بصحة باقي التوقيعات تطبيقا لمبدأ استقلال التوقيعات.

وإذا كان الملتزم شخصا معنويا، فإنه يجب تطبيق قانون الدولة التي يوجد فيها مركز إدارته الرئيسي باعتبار أن هذا القانون هو الذي يحكم نشاطه، وذلك تطبيقا لنص الفقرة 3 من المادة 10 من القانون المدني الجزائري والمادة 7 من ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب في المغرب التي سبق وأشرنا إليها، مع مراعاة الاستثناء الوارد في الفقرة 4 من المادة 10 السالفة الذكر بالنسبة للقانون الجزائري، إذا كان الشخص الاعتباري يمارس نشاطا في الجزائر فإن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق.[19]

هذا ولا ننسى ما تثيره الأهلية من إشكاليات أخرى، خاصة فيما يتعلق بالحالة التي يكون فيها الشخص عديم الجنسية أو متعددها، ولمعرفة موقف التشريعين الجزائري والمغربي من هاتين المسألتين نعرض إليهما من خلال عنصرين على النحو التالي:

1–حالة انعدام الجنسية:

إذا تعلق الأمر بشخص طبيعي عديم الجنسية فإن الفقه الراجح يذهب إلى القانون الذي يحكم أهليته للالتزام الصرفي هو قانون الدولة التي يتصل بها هذا الشخص من الناحية الواقعية أكثر من سواها، وهي عادة الدولة التي يوجد فيها موطن الشخص، أو محل إقامته، وهذا الحل تقضي به الفقرة 3 من المادة 22 من القانون المدني الجزائري،[20] والقاضي المعروض عليه النزاع هو الذي يُفوض إليه تعيين القانون الواجب التطبيق في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية.[21]

وقد كان التشريع المغربي يأخذ بهذا الاتجاه، في المادة 4 من قانون 1924 المتعلق بالوضعية المدنية للأجانب بمنطقة طنجة.[22]

ولكن المشرع المغربي، بمقتضى قانون التوحيد والتعريب والمغربة لسنة 1965 قرر إلغاء العمل بالنص السابق والاستمرار في تطبيق النص الذي كان العمل جاريًا به في المنطقة السابقة للحماية الفرنسية، وهو ظهير 12 غشت المتعلق بالوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب في المغرب التي تنص المادة 5 منه على ما يلي: "يخضع الأجنبي المجهول الجنسية للقانون الفرنسي في كل ما يعود لحالته وأهليته".

وبغض النظر عن الظروف السياسية والتاريخية والحضارية التي أفرزت هذا النص، فإن الفقه المغربي بعد الاستقلال لم يأبه لما ورد في المادة الخامسة من ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب، كما أنه استنكر التمييز في المعاملة بين اللاجئ وعديم الجنسية، ودعا إلى الأخذ بالمبادئ الواردة في اتفاقية نيويورك لسنة 1954 بشأن وضع الأشخاص عديمي الجنسية،[23] التي تُؤكد على وجوب تطبيق قانون الموطن أو قانون محل الإقامة، بالنسبة للأشخاص الذين ليست لهم جنسية أصلا أو ليست لهم جنسية معروفة.[24]

واعتبر أن قانون الموطن أو قانون محل الإقامة أفضل من قانون محل إبرام التصرف في كونه يتسم بالثبات وذلك على النقيض من هذا الأخير الذي من توابعه أن يجعل القانون الذي يحكم الأهلية رهن الصدفة بحسب المكان الذي يوقع فيه الملتزم على الورقة، أي الذي ينشأ فيه الالتزام الصرفي، وفي هذا الصدد فإننا نذهب إلى ما ذهب إليه بعض الفقه في عدم التسليم بهذه الحجة على إطلاقها، ونكتفي بالقول إن الأوراق التجارية لها طبيعة خاصة بحسبان أنها أوراق معدة بطبيعتها للتداول وتعتمد على السرعة والثقة في انتقالها.[25]

وخلاصة ثانيهما أن في جعل الموطن ضابطًا للإسناد تتحدد بمقتضاه أهلية الملتزم صرفيًا بعث الثقة والاطمئنان عند تداول الصك وخاصة إذا كان الشخص عديم الجنسية تاجرًا تقوم معظم تعاملاته التجارية على الالتزام بمقتضى أوراق تجارية وبوصفه ساحبًا أو قابلًا أو مظهرًا أو ضامنًا احتياطيًا. [26]

2–حالة تعدد الجنسيات

قد تثبت للشخص عدة جنسيات في وقت واحد مما يطرح مشكلة تحديد الجنسية التي يعتد بها القاضي الوطني عند تعيينه للقانون الواجب التطبيق.[27]

في هذه الحالة فإن منطق إعمال القواعد العامة يستوجب التفريق بين ما إذا كان النزاع المتعلق بأهلية الملتزم في الورقة التجارية معروضًا أمام دولة من الدول التي يحمل الملتزم جنسيتها أم أمام دولة من الغير.

فإذا كانت جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات التي يحملها الملتزم في الورقة التجارية وجب تطبيق قانون القاضي، بصرف النظر عما إذا كان هذا الشخص مرتبطًا من الناحية الفعلية بهذه الدولة أم لا، وما إذا كانت له مصالح على إقليمها أم لم تكن له مصالح، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري صراحة في نص الفقرة 2 من المادة 22 من القانون المدني، والتي مقتضاها ما يلي: "...غير أن القانون الجزائري هو الذي يُطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد، بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول...".

غير أن الملاحظ بالنسبة للتشريع المغربي أنه لم يشر إلى هاته الحالة التي يكون فيها الشخص متعدد الجنسيات ومن بين هذه الجنسيات جنسية دولة القاضي، واكتفت المادة 4 من ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالقول إن القاضي المعروض عليه النزاع هو الذي يعود إليه أمر تحديد القانون الشخصي الذي يخضع له الفرد الذي يحمل أكثر من جنسية واحدة.[28]

وتطبيق قانون القاضي في هذه الحالة يجد سنده عند الفقه في أن كل دولة من الدول تضطلع بوضع قواعدها الخاصة بجنسيتها وعلى ضوء ظروفها ومصالحها، وعلى القاضي بوصفه من عمال النظام الداخلي أن ينصاع لأوامر مشرعه أولا وقبل كل شيء، فالمشرع أمر وعلى القاضي أن يُطيع وإلا خرج بذلك عن حدود وظيفته.[29]

أما إذا لم تكن جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات التي يحملها الملتزم صرفيا، فإن منطق إعمال القواعد العامة يفضي إلى تطبيق قانون الجنسية الفعلية على مسألة الأهلية، أي قانون الدولة التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها وهي التي عادة ما يكون فيها موطنه أو محل إقامته، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في الفقرة 1 من المادة 22 السالفة الذكر بقوله: " في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية.." والجنسية الحقيقة هنا إنما يقصد بها المشرع الجنسية الفعلية.

ثانيا: الاستثناء "المصلحة الوطنية"

بسبب أن الأهلية تخضع إلى قانون الجنسية فإن إطلاق هذا المبدأ بلا حدود قد يؤدي أحيانًا إلى حدوث أضرار بمصالح الوطنيين أو الأموال الوطنية عند وجود أطراف أجنبية في هذه المعاملات المالية والتجارية،[30] وعلى هذا الأساس أوردت العديد من التشريعات استثناءً على هذا المبدأ مؤداه خضوع الأهلية لقانون القاضي وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في الفقرة 2 من المادة 10 من القانون المدني السالفة الذكر،[31] والتي تنص على ما يلي: "...ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية، وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة...".

إن تطبيق هذا الاستثناء على التوقيع على السندات، يتطلب أنه إذا حصل وأن تم التوقيع على السند في الجزائر مع أجنبي ناقص الأهلية وفقا لقانون جنسيته وكامل الأهلية وفقًا للقانون الجزائري، فيعتبر أهلا للالتزام متى تبين أنه لم يكن من السهل على الدائن (حامل السند) أن يكتشف نقص هذه الأهلية.

والظاهر أن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات العربية قد استوحى هذا الاستثناء من نظرية شهيرة أخذ بها القضاء الفرنسي في القرن 19 عُرفت حينها بنظرية المصلحة الوطنية، ومن أبرز القضايا في هذا الشأن قضية المدعو Lizardi وهو شاب مكسيكي في الثالثة والعشرين من عمره، اشترى في باريس من تاجر فرنسي بعض الجواهر و حرر له بالثمن سندات عليه، وعند المطالبة احتج بإبطال السندات على أساس أن القانون المكسيكي يحدد سن الرشد بـ 25 عاما، وقد أيدت محكمة النقض قضاة الموضوع في حكمهم بصحة السندات وإلزام الشاب المكسيكي بالدفع.

وجاء في حيثيات المحكمة" أنه لا يجوز أن يُفترض في الشخص الفرنسي العلم بكافة قوانين دول العالم وخاصة النصوص المتعلقة بنقص الأهلية والرشد، وعلى ذلك يكفي لصحة العقد أن يكون الفرنسي قد تعامل بدون خفة، وبغير رعونة، وأن يكون حسن النية".[32]

وقد قُصد من إعمال هذا الاستثناء لا إلى حماية مصلحة مشروعة للمتعاقد الوطني، إذ يستوي أن يكون المتعاقد مع الأجنبي (ناقص الأهلية وفقًا لقانونه الشخصي) وطنيا أو أجنبياً، إن الاستثناء أملته اعتبارات تهدف إلى إشاعة الثقة في المعاملات، وهي ثقة يجب شحذ الهمة لحمايتها إلى حد بعيد.[33]

والملاحظ أن هذا الاستثناء، كان بمناسبة نزاع متعلق بسندات تجارية، وعلى هذا نتساءل إن كان هذا الحكم يوفر الحماية التي يجب أن يحظى بها حامل السند في التعامل بالسندات التجارية في العلاقات الدولية؟

للإجابة على ذلك نعرض لأهم الشروط التي يتطلبها تطبيق هذا الاستثناء:

1- أن يكون التصرف الذي قام به الأجنبي يدخل في دائرة المعاملات المالية، وهذا الشرط يتوافر في السندات باعتبار أنها تمثل حقًا ذا قيمة مالية.

2- أن يُعقد التصرف في الجزائر وُينتج آثارها فيها؛ والملاحظ على هذا الشرط أن القصد منه حماية المعاملات التي تتم داخل الوطن من حيث الانعقاد والآثار، سواء بين وطني و أجنبي أو بين أجنبيين، بمعنى أنه لو نشأ الالتزام في الخارج، فلا مجال لتطبيقه، وهذا يتنافى مع ما يميز السندات التجارية من حيث قابليتها للتداول، وبالتالي هو حل قاصر لا يستجيب لمتطلبات التجارة في العلاقات الخاصة الدولية، فهذه الأخيرة تسعى إلى التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة، وهذا لن يتحقق إلا بحماية المعاملات الدولية دون تمييز بين ما يتم منها داخل حدود الدولة، وما يتم خارجها.

3- أن يكون نقص أهلية العاقد الأجنبي يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، بمعنى أنه يجب أن يكون الطرف الآخر معذورًا في جهله بنقص أهلية المتعاقد الأجنبي، فإذا كان ظاهرًا لا خفاء فيه كما لو كان صبيًا صغيرًا، أو مجنونًا جنونًا مطبقًا فلا يعمل بهذا النص (ويكون تقدير ذلك وفقًا لمعيار الرجل العادي).

4- أن يكون المتعاقد الأجنبي الذي قام بهذا التصرف كامل الأهلية وفقًا للقانون الجزائري، وإن كان ناقص الأهلية وفقًا لقانون جنسيته.

بالرجوع إلى التشريع المغربي نجد أن ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب في المغرب لم يتضمن نصًا صريحًا ومباشرًا بشأن فكرة المصلحة الوطنية، إلا أن القضاء وخلال عهد الحماية الفرنسية، قد أخذ بهذه الفكرة، حيث سُنحت لمحكمة الاستئناف بالرباط فرصة تطبيقها في أكثر من مناسبة.[34]

وعلاوةً على مساهمة الاجتهاد القضائي في ترسيخ نظرية المصلحة الوطنية داخل دائرة القانون الدولي الخاص المغربي، تجب الإشارة إلى أن مشروع إصلاح ظهير الوضعية المدنية للأجانب، الذي نشره الراحل دوكرو سنة 1963 تضمن مادة تأخذ بنظرية المصلحة الوطنية، هي المادة الثانية.[35]

ولقد خصص المشرع المغربي في الآونة الأخيرة لنظرية المصلحة الوطنية أحكامًا تشريعية صريحة، ورد النص عليها في المادتين 15 و16 من القانون رقم 95-15 المتعلق بمدونة التجارة، الصادر الأمر بتنفيذه بمقتضى ظهير فاتح غشت 1996.[36]

من خلال عرض شروط تطبيق الاستثناء في القانون الجزائري وموقف المشرع المغربي من فكرة المصلحة الوطنية، ومقارنة ذلك مع ما ذهبت إليه اتفاقيتي جنيف 1930 و 1931 الخاصة بالالتزامات الصرفية السالفة الذكر وبعض التشريعات العربية و الأجنبية التي أخذت عنها، نلاحظ أن موقف هؤلاء ذهب إلى أبعد ما ذهب إليه المشرع الجزائري و المشرع المغربي، بحيث اتضح خلال مواقفها مدى توفيرها حماية أكبر لحامل السند التجاري باعتمادها قاعدة إسناد

اختيارية، أي المفاضلة بين قانون الجنسية، وقانون محل نشوء الالتزام الصرفي، بحيث لا يطبق الأول إلا إذا كان أقل تشددًا من الثاني دون قيد أو شرط.

وما يؤكد لنا صحة هذا القول هو أن العديد من التشريعات بالرغم من أخذها بفكرة المصلحة الوطنية في قوانينها الداخلية، إلا أنها جاءت بأحكام خاصة بالأوراق التجارية متأثرة باتفاقيتي جنيف، وذلك إيمانًا منها بأهمية الدور الذي تؤديه الأوراق التجارية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية.[37]

خاتمة:

ختاما لهذا الموضوع المتعلق بـ "القانون الواجب التطبيق على أهلية الالتزام الصرفي" خرجنا بالنتائج والتوصيات التالية:

أ/ النتائج:

- إن الأهمية الكبيرة التي تلعبها الأوراق التجارية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية ولد الحاجة منذ القدم إلى توحيد الأحكام والقوانين بخصوصها، أين بُذلت عدة محاولات في ذلك أسفرت عن ميلاد اتفاقيتين في هذا المجال ويتعلق الأمر باتفاقية جنيف لسنة 1930 الخاصة ببعض حالات التنازع في السفتجة والسند لأمر واتفاقية جنيف لسنة 1931 الخاصة بأحكام الشيك.
- من بين أهم المسائل التي ركزت عليها هاتين الاتفاقيتين مسألة أهلية الملتزم في الورقة التجارية، فقررت المبدأ العام في القانون الدولي الخاص، وهو خضوع الأهلية لقانون الجنسية، ولكنها في الوقت ذاته أوردت استثناءين على هذا المبدأ، يتعلق الأول بالإحالة من القانون الوطني إلى قانون آخر، والثاني بقانون محل توقيع الالتزام.
- إن الاستثناءات التي أوردتها الاتفاقيتين والتشريعات التي أخذت عنها توفر حماية أكبر لحامل السند مقارنة بالمبدأ المنصوص عليه في المادة 10 من القانون المدني الجزائري والمادة 3 من ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب في المغرب، من خلال اعتمادها قاعدة اسناد اختيارية، أي المفاضلة بين قانون الجنسية وقانون محل نشوء الالتزام، بحيث لا يطبق الأول إلا إذا كان أقل تشددًا من الثاني دون قيد أو شرط.
- غياب التنظيم القانوني لمسألة القانون الواجب التطبيق على أهلية الالتزام الصرفي في التشريع الجزائري والمغربي، على خلاف العديد من التشريعات العربية التي بالرغم من أنها لم تنظم لاتفاقيتي جنيف إلا أنها رفعت أحكامها بخصوص أهلية الالتزام الصرفي في قوانينها الداخلية ومن هذه التشريعات نذكر التشريع العراقي والتشريع المصري في تعديله للتقنين التجاري رقم 17 لسنة 1999.

ب/ التوصيات:

- ضرورة تنظيم جميع المسائل المتعلقة بالقانون الدولي الخاص ضمن تقنين خاص بها سواء بالنسبة للتشريع الجزائري أو المغربي، كما هو معمول به في تشريعات الكثير من الدول كتونس مثلاً.
- تضمين كل من التشريع الجزائري والمغربي بنص خاص يحدد القانون الواجب التطبيق على أهلية الالتزام الصرفي، من خلال الأخذ بالحلول التي أتت بها اتفاقيتي جنيف والتشريعات التي أخذت عنها، كون القاعدة العامة

المنصوص عليها في كلا التشريعين لا تتماشى مع طبيعة السندات التجارية وما تتطلبه من سرعة وائتمان خصوصًا أثناء تداولها على المستوى الدولي.

- تعديل المادة 4 من ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب في المغرب، بإدراج فقرة تتضمن تطبيق قانون الجنسية الفعلية في حالة تعدد الجنسيات، وإذا كان للشخص الجنسية المغربية من بين تلك الجنسيات يطبق القانون المغربي، كما هو معمول به في تشريعات كثير من الدول على غرار الجزائر ومصر وتونس.
- تعديل المادة 5 من ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب في المغرب، من خلال اعتماد قانون الموطن أو قانون محل الإقامة بالنسبة لعديمي الجنسية، كما هو معمول به في بعض التشريعات والاتفاقيات الدولية المتعلقة بهذا الشأن كاتفاقية نيويورك لسنة 1954 التي أشرنا إليها من خلال هذه الدراسة، كون الصياغة الحالية لهذه المادة تتنافى وسيادة المغرب كدولة مستقلة.
- إدراج مادة في قواعد التنازع المغربية، تتضمن الحل الواجب اتباعه في الحالة التي يكون فيها القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة تتعدد فيها التشريعات أو الطوائف، كون ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب لا يتضمن الحل بالنسبة لهذه الحالة.

قائمة المراجع:

المراجع باللغة العربية:

الكتب:

- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.
- حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2004.
- رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2011.
- صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص (الجنسية وتنازع القوانين)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط1، 2007.
- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012.
- مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص ط2، تنازع القوانين، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب، 2008.
- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2009.
- ممدوح عبد الكريم، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2005.
- هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2008.

الرسائل والأطروحات الجامعية:

- نايف عبد العال حنون الفرا، تنازع القوانين في الأوراق التجارية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في القانون الدولي الخاص، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق، القاهرة، 2015.

المقالات:

- أحمد زوكاغي، حالة وأهلية الأجانب في التشريع المغربي، مجلة الملحق القضائي، المعهد العالي للقضاء، العدد42، المغرب، 2009.
- شنوف معمر، الأسناد التجرية وتنازع القوانين، إعمال نص المادة 21 من القانون المدني الجزائري واتفاقية جنيف لقانون الصرف الموحد، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد الأول، ع22، الجلفة، الجزائر، 2008، ص 281.

الملتقيات:

- يوسف فتيحة، إشكاليات تنازع القوانين في الالتزامات الصرفية، مداخلة ألقيت في اليوم الدراسي حول إشكاليات ممارسة الحقوق في العلاقات الخاصة الدولية "واقع وآفاق"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد (تلمسان)، يوم 27 جانفي 2016، غير منشورة.

الوثائق القانونية:

- أمر رقم 58/75، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05 الصادر في 20 جوان 2005، ج.ر، عدد 44 لسنة 2005.
- ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب في المغرب، متاح على الرابط الإلكتروني التالي:

https://www.droitaumaroc.com/2021/02/

- القانون المدني المصري لسنة 1948، منشور على الرابط الإلكتروني التالي:

http://www.incometax.gov.eg/New%20LAWs/law-131-1948.pdf

- قانون التجارة الكويتي لسنة 1980، متاح على الرابط الإلكتروني التالي:

https://mesferlaw.com/archives/3306#

- قانون التجارة العراقي، متاحة على الرابط الإلكتروني التالي:

https://krg.eregulations.org/media/law-of-commerce-no-30-of-1984-Ar1.pdf

- قانون التجارة المصري الجديد رقم 17 لسنة 1999، الجريدة الرسمية المصرية، عدد 19 مكرر، مايو سنة 1999.
- قانون الالتزامات والعقود المغربي، متاح على الرابط الإلكتروني التالي:

https://justice.gov.ma/wp-content/uploads/2022/05/legislation-6294abb13aa6c.pdf

- مدونة التجارة المغربية، متاحة على الرابط الإلكتروني التالي:

http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Moroccan_Laws/Moroccan_Laws6.pdf

- قانون التجارة السوري، متاح على الرابط الإلكتروني التالي:

https://investugra.ru/cap/map/files/law/trade.pdf

Listes des ouvrages en langue étrangère:

- David Bonnet: Ma 1er année de capacité en droit (droit civil- droit commercial- droit public), 5e éd, Ellipses, Paris, 2020.
- Dusun Kitic: Droit international privé, 2e éd, Elipses, Paris, 2018.
- GILLES CUNIBERTI: CONFLICT OF LAWS A COMPARATIVE APPROACH, EE Eglar, Massachusetts, USA, 2022.
- Julie Clavel Thoraval: Les indispensables du droit international privé, Ellipses éd, Paris, 2019.
- Michel T. Giroux: A LA RENCONTRE DE LA RELATION D'AIDE, Presses de l'Université Laval, Canada, 2020.

الهوامش:

[1] رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2011، ص 13.

[2] ويقصد بمشكلة تنازع القوانين مشكلة اختيار قانون من بين عدة قوانين لحكم موضوع النزاع، وهي تعتبر الجزء المحوري في القانون الدولي الخاص، لمزيد راجع:

Dusun Kitic: Droit international privé, 2e éd, Elipses, Paris, 2018, p24; Julie Clavel Thoraval: Les indispensables du droit international privé, Ellipses éd, Paris, 2019, p20; GILLES CUNIBERTI: CONFLICT OF LAWS A COMPARATIVE APPROACH, EE Eglar, Massachusetts, USA, 2022, p 2.

[3] الأهلية في الاصطلاح القانوني عمومًا: هي صلاحية الشخص الطبيعي أو الاعتباري كلاهما، للتمتع بالحقوق والتحمل بالواجبات ولأن يباشر الأعمال والتصرفات القانونية المتعلقة بهذه الحقوق أو تلك الالتزامات، لمزيد راجع في ذلك: محمد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص ط2، تنازع القوانين، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب، 2008، ص 210. وراجع أيضًا:

David Bonnet: Ma 1er année de capacité en droit (droit civil- droit commercial- droit public), 5e éd, Ellipses, Paris, 2020, p 44; Michel T. Giroux: A LA RENCONTRE DE LA RELATION D'AIDE, Presses de l'Université Laval, Canada, 2020, p 67.

[4] حيث انعقد في 13 مايو 1930 مؤتمر انتهى في السابع من يونيو 1930 بالاتفاق على ثلاث معاهدات خاصة بالأوراق التجارية هي:

المعاهدة الأولى: وقد التزمت فيها الدول الموقعة بإدخال أحكام القانون الموحد الذي توصل إليه المؤتمرون في تشريعاتهم الداخلية، وأُرفق به ملحقان Deux annexes الأول: يتضمن نصوص القانون الموحد لقواعد الكمبيالة والسند الأذني، والثاني: يتضمن التحفظات Réserves أي المسائل التي تُرك لكل دولة حرية تنظيمها بما يتفق وتقاليدها القانونية، مثل مسألة ملكية مقابل الوفاء وأسباب انقطاع التقادم ووقفه وضياع السند وسرقته وتحديد أيام العطل الرسمية وشكل الاحتجاج وغيرها.

المعاهدة الثانية: وهي خاصة بتنازع القوانين في بعض حالات التنازع الخاصة بالكمبيالة والسند لأمر.

المعاهدة الثالثة: وهي خاصة برسم الدمغة الذي تفرضه القوانين الداخلية على الأوراق التجارية وتقضي بعدم إبطال هذه الأوراق في حالة مخالفتها لتلك القوانين.

ولم يمضي عام على هذا المؤتمر حتى انعقد مؤتمر آخر في جنيف تمخض في 19 مارس 1931 عن توقيع ثلاث اتفاقيات مماثلة متعلقة بتوحيد أحكام الشيك. لمزيد راجع: عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012، ص ص 17-18. راجع أيضًا: شنوف معمر، الأسناد التجرية وتنازع القوانين، إعمال نص المادة 21 من القانون المدني الجزائري واتفاقية جنيف لقانون الصرف الموحد، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد الأول، ع22، الجلفة، الجزائر، 2008، ص 281.

[5] « La capacité d'une personne pour s'engager par lettre de change et billet a ordre/par cheque est déterminée par sa loi nationale. Si cette loi déclare compétente la loi d'un autre pays, cette dernière est appliquée.

La personne qui serait incapable, d'après la loi indiquée par l'alinéa précédent, est, néanmoins valablement tenue, si la signature a été donnée sur le territoire d'un pays d'après la législation du quel la personne aurait été capable.

Chacun des hautes parties contractantes a la faculté de ne pas reconnaitre la validité de l'engagement pris en matière de lettre de change et de billet a ordre/ de cheque par l'un de ses ressortissants et qui ne serait tenu pour valable dans le territoire des autres hautes contractantes que par application de l'alinéa précédent du présent article »

لمزيد حول نصوص اتفاقية جنيف لسنة 1930 راجع الملحق رقم 1 من مؤلف عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 356 وما يليها.

[6] عكاشة محمد عبد العال، المرجع نفسه، ص 95.

[7] إذ تنص الفقرة 2 و3 من هذه المادة على مايلي: (...أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي.

غير أنه، إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري.)

[8] تنص هذه المادة على ما يلي: (تعين جنسية الشركة بمقتضى قانون البلاد التي أقيم فيها مركز الشركة بدون احتيال)

[9] نايف عبد العال حنون الفرا، تنازع القوانين في الأوراق التجارية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في القانون الدولي الخاص، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق، القاهرة، 2015، ص 137.

[10] عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص ص 96-97.

[11] ما يؤكد لنا بأن المشرع العراقي يرفض الإحالة بصفة مطلقة هو نص المادة 1/31 من القانون المدني التي تقضي بأنه "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فإنما تطبق منه أحكامه الموضوعية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص".

[12] ART.2/2 : « … La personne qui serait incapable, d'après la loi indiquée par l'alinéa précédent, est, néanmoins valablement tenue, si la signature a été donnée sur le territoire d'un pays d'après la législation duquel la personne aurait été capable… »

[13] تقابل الفقرة الثانية في التشريعات العربية التي نقلت إلى تشريعاتها الداخلية قانون جنيف الموحد، المادة 412 من قانون التجارة السوري، والمادة 410 من قانون التجارة الكويتي الجديد لسنة 1980.

[14] يوسف فتيحة، إشكاليات تنازع القوانين في الالتزامات الصرفية، مداخلة ألقيت في اليوم الدراسي حول إشكاليات ممارسة الحقوق في العلاقات الخاصة الدولية "واقع وآفاق"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد (تلمسان)، يوم 27 جانفي 2016، ص 7، غير منشورة.

[15] وفي هذا السياق تنص المادة 21 من القانون المدني الجزائري في الفصل الثاني المعنون بتنازع القوانين من حيث المكان على ما يلي:" لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص، أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر".

[16] وتعرف أهلية الأداء بأنها صلاحية الشخص لاستعمال الحق، ويقع أن تتوافر للشخص أهلية الوجوب دون أهلية الأداء، فيكون متمتعا بالحق، وهذه هي أهلية الوجوب، دون أن يستطيع استعماله بنفسه، وهذه هي أهلية الأداء. لمزيد راجع: صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص (الجنسية وتنازع القوانين)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط1، 2007، ص 384.

[17] حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2004، ص 350.

[18] إذ تقضي هذه المادة بما يلي:" إن الكمبيالة الموقعة من طرف قاصر غير تاجر باطلة تجاهه، ويحتفظ الأطراف بحقوقهم وفقا للقانون العادي.

إذا كانت الكمبيالة تحمل توقيعات أشخاص لا تتوفر فيهم أهلية الالتزام بها أو توقيعات مزورة أو توقيعات لأشخاص وهميين أو توقيعات ليس من شأنها لأي سبب آخر أن تلزم الأشخاص الموقعين لها أو الأشخاص الذين وقعت باسمهم، فإن التزامات غيرهم من الموقعين عليها تظل مع ذلك صحيحة.

من وقع كمبيالة نيابة عن آخر بغير تفويض منه التزم شخصيا بموجبها، فإن وفاها آلت إليه الحقوق التي كانت ستؤول إلى من ادعى النيابة عنه.

يسري الحكم نفسه على من تجاوز حدود النيابة."

[19] إذ تنص الفقرة 4 من هذه المادة على ما يلي: ".... غير أنه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية نشاطا في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري."

[20] حيث تقضي هذه الفقرة بما يلي: ".... وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة."

[21] وهذا ما قضت به المادة 1/25 من القانون المدني المصري بنصها: "يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية، أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد...."

[22] إذ نصت هذه المادة على ما يلي: "في حالة الجهل بالجنسية، يخضع الأجنبي، بالنسبة لكل ما يتعلق بحالته وأهليته، للقانون الذي تعتبره محكمة طنجة الدولية مختصا تبعًا لظروف النازلة".

[23] نقلا عن الدكتور أحمد زوكاغي، حالة وأهلية الأجانب في التشريع المغربي، مجلة الملحق القضائي، المعهد العالي للقضاء، ع 42، المغرب، 2009، ص ص 62-63.

[24] إذ جاء النص في المادة 1/12 من هذه الاتفاقية على ما يلي: "تخضع الأحوال الشخصية لعديم الجنسية لقانون بلد موطنه، أو لقانون بلد إقامته إذا لم يكن له موطن...."

[25] نقلاً عن الدكتور عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 107.

[26] عكاشة محمد عبد العال، المرجع نفسه، ص ص 107-108.

[27] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص 206.

[28] حيث جاءت صياغة هذه المادة كالآتي:" إذا كان شخص ما يحمل في آنٍ واحد بالنسبة إلى عدة دول أجنبية جنسية كل واحدة منها فإن القاضي المعروض عليه النزاع يعين قانون الأحوال الشخصية الواجب تطبيقه."

[29] عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 108.

[30] ممدوح عبد الكريم، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2005، ص 84.

[31] هذه المادة تقابلها المادة 11 من التقنين المدني المصري المتضمنة نفس الصياغة، وقد برر المشرع المصري (في الأعمال التحضيرية للقانون المدني) هذا الخروج على مبدأ قانون الجنسية بقوله: "من الصعب على من يتعامل مع أحد الأجانب أن يكون ملمًا بالقواعد المتعلقة بأهليته، وبوجه خاص متى كان مظهره لا يدع مجالاً للشك في كمال هذه الأهلية". لمزيد راجع: محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2009، ص 125.

[32] هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2008، ص 302.

[33] عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 114.

[34] وعلى سبيل المثال، نشير إلى نازلة كانت تتعلق بصفقة مبرمة بين امرأة مغربية مسلمة، تتصرف بصفتها وصية على أبنائها القاصرين الذين كانوا بدورهم مسلمين، من جهة، وبين طرف يحمل الجنسية الفرنسية. ففي هذه النازلة، أعلنت محكمة الاستئناف بالرباط، في قرار بتاريخ 18 نوفمبر 1937 أن الصفقة تعتبر باطلة، لا بالإسناد إلى القواعد المقررة في القانون الشخصي الجاري على القاصرين، ولكن بناءً على الأحكام المنصوص عليها في المادة 56 من قانون الالتزامات والعقود التي تقضي بأن الغبن الذي يزيد مقداره على الثلث يخول الحق في الإبطال، عندما يكون الطرف المغبون قاصرًا، ولو كان العقد قد أبرم بمساعدة نائبه الشرعي، طبقًا للإجراءات المحددة بموجب قانونه الوطني، حتى ولو لم يكن هناك أي تدليس من الطرف الآخر في العقد. نقلاً عن الدكتور أحمد زوكاغي، حالة وأهلية الأجانب في التشريع المغربي، المرجع السابق، ص ص 73-74.

[35] حيث ورد في هذه المادة ما يلي: "تخضع حالة وأهلية الأجانب لقوانينهم الوطنية، ومع ذلك، فإن التصرف الذي يعقده قاصر أجنبي يعتبر صحيحًا بالنسبة للأطراف الذين لم يعلموا أو لم يكن في إمكانهم أن يعلموا بنقص أهليته، إذا كان هذا الأجنبي كامل الأهلية، طبقًا للقانون المغربي".

[36] إذ تقضي المادة 15 من هذا القانون بما يلي: " يعتبر الأجنبي كامل الأهلية، لمزاولة التجارة في المغرب، ببلوغه عشرين سنة كاملة، ولو كان قانون جنسيته يفرض سنًا أعلى مما هو منصوص عليه في القانون المغربي".

كما قررت المادة 16 من هذا القانون بأنه: " لا يجوز للأجنبي غير البالغ سن الرشد المنصوص عليه في القانون المغربي، أن يتجر إلا بإذن من رئيس المحكمة التي ينوي ممارسة التجارة بدائرتها حتى ولو كان قانون جنسيته يقضي بأنه راشد، وبعد تقييد هذا الإذن في السجل التجاري يفصل في طلب الإذن فورًا".

[37] ومن بين التشريعات العربية التي أخذت بأحكام اتفاقيتي جنيف في قوانينها الداخلية نذكر: القانون السوري في المادة 2/416 من قانون التجارة، والمادة 410 من قانون التجارة الكويتي لسنة 1980، وكذلك المادة 3/2/48 من قانون التجارة العراقي السالف الذكر، كما أخذ المشرع المصري في التقنين التجاري الجديد بموجب المادة 388 منه بأحكام اتفاقيتي جنيف فيما يخص القانون الواجب التطبيق على الأهلية ماعدا الاستثناء المتعلق بالإحالة من القانون الوطني إلى قانون آخر، حيث لم يدرجه ضمن نص هذه المادة.