الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة قاصدي مرباح ورقلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي

التخصص:علاقات خاصة دولية

إعداد الطالبة بن الشيخ أمينة

بعنوان

النظام القانوني للإنابة القضائية الدولية

أجيزت بتاريخ:2015/06/01

أمام اللجنة المكونة من السادة:

الدكتور.مهداوي عبد القادر (أستاذ محاضر ب-جامعة قاصدي مرباح ورقلة)	رئيسا
الدكتورة.لعجال يسمينة (أستاذ محاضر أ-جامعة قاصدي مرباح ورقلة)	مشرفا
أ.بالطيب محمد البشير (أستاذ مساعد أ-جامعة قاصدي مرباح ورقلة	مناقشا

السنة الجامعية2015/2014

الإهـــــداء

تعلمت من الصخور الصلابة ومن النمل والنحل المثـابرة

و تعلمت من النـور كيف تشرق شمس العدالة

إلى من لا يمكن للكلمات أن توفي حقهما...

إلى من لا يمكن للأرقام أن تحصي فضائلهما...

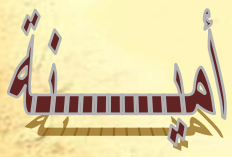
إلى والدي العزيزين أدامهما الله لي

إلى من تشتاق لهم نفسي وهم تحت التراب

إلى إخوتي وأخواتي...

إلى كل من سقط من قلمي سهوا

أقدم عملي المتواضع هذا



تشكرات

بعد الصلاة والسلام على رسول الله..

أتقدم بجزيل الشكر إلى كل من ساعدني

من قريب أو بعيد على إنجاز هذا العمل المتواضع

وأخص بالذكر:

أعضاء لجنة المناقشة الموقرين الدكتور مهدواي عبد القادر

رئيس لجنة المناقشة

والأستاذ بالطيب محمد البشير بصفته مناقشا

اللذان كانوا السند والعون طيلة فترة الدراسة في الجامعة.

ولا أنسى كذلك:

عمال مكتبة جامعة قاصدي مرباح ورقلة

وكذا عمال مكتبة جامعة محمد خيضر بسكرة

وأيضا عمال مكتبة جامعة بن عكنون الجزائر

تقدير وعرفان

الحمد لله جزيل النعم والحمد لله كثير الكرم

على ما أنعم علينا وأنار به قلوبنا لطلب العلم وبعد:

رغم عدم وجود ما يليق بك من عبارات ولكن...

أتقدم بجزيل الشكر إلى الدكتورة لعجال يسمينة التي كانت

قبل الأستاذة الأم الحنونة والسند الحقيقي في الحياة

والتي كانت تعليماتها وآراءها سندا لي طوال

فترة الدراسة وكذا فترة انجاز هذه المذكرة.

لعجال..

المقدمة

إن التطور الحاصل في المنظومة التشريعية الخاصة بقواعد القانون الدولي الخاص أو ما يعرف بقانون العلاقات الخاصة الدولية، والتي تتماشى مع التطور والتحول الاقتصادي في ظل العولمة، مما ظهر معه توسع وانتشار التعاملات بين الأشخاص عبر الحدود، والذي أدى إلى ظهور ونشوء نزاعات هذه الأخيرة تؤدي بالضرورة إلى وجود تنازعا للقوانين.

في وجود هذا التنازع للقوانين، ظهرت وتعددت مناهج لحل هذا التنازع، فوجد المنهج السافيني وهو ما يعرف بالمنهج غير المباشر، هو منهج يعتمد على قواعد الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع. وظهر كذلك منهج قواعد ذات التطبيق الضروري أو ما يعرف بقواعد الأمن و البوليس، وهي قواعد يضعها المشرع مسبقا، وتطبق على النزاع بغض النظر عن ما إذا كان الأطراف وطنيين أو أجانب. في ظل التعاون الدولي المشترك بين النظم القانونية المختلفة، تعاون مفروض بمقتضى قواعد القانون الدولي الخاص، وصل هذا التعاون إلى استخدام منهج آخر هو منهج القواعد المادية في القانون الدولي الخاص، أو ما يعرف بمنهج التنازع وهو منهج يعتمد على الأعراف و الاتفاقيات الدولية.

لم يقتصر هذا التعاون في مجال حل تنازع القوانين عن طريق إيجاد القانون الواجب التطبيق، والذي يمثل الجوانب الموضوعية، بل امتد ليشمل الجوانب الإجرائية لتفعيل تلك القوانين الواجبة التطبيق. وتأتي مسألة الإنابة القضائية والتي تعد أهم الموضوعات التي تطرح في مسائل الإجراءات المدنية الدولية في الشق المتعلق بالإثبات أمام القاضي الأجنبي.

إن خصوصية المنازعة الدولية قد تستدعي الإنابة القضائية الدولية، كل قاضي يقع على عاتقه التزام قضائي مضمونه الفصل في الدعوى وأداء العدالة. وفي سبيل ذلك منحه القانون حرية اتخاذ ما يراه مناسبا من إجراءات الإثبات من تلقاء نفسه، أو العدول عما أمر به. وهذه تعتبر نتيجة طبيعية لخضوع الإجراءات لقانون القاضي.

ولما كانت المنازعة ذات العنصر الأجنبي تقوم على معطيات مختلفة عن المنازعة الوطنية، فقد يكون أحد أطراف الخصومة مقيما بالخارج، أو يكون المال موضوع النزاع في الخارج أيضا فلا يستطيع القاضي القيام بنفسه باتخاذ إجراءات التحقيق أو الإثبات اللازمة للفصل في الدعوى، وفي سبيل ذلك يلجأ للإنابة القضائية وبمقتضاها يطلب من الجهة المختصة في الدولة المطلوب اتخاذ إجراءات الإثبات فيها القيام بتلك الإجراءات، من

أمثلتها: سماع شهادة أحد الشهود أو استجواب الخصوم، وتقرير الالتجاء للإنابة القضائية يخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي ينظر الدعوى.

الإنابة القضائية هي تفويض Une délégation بمقتضاه تنيب سلطة قضائية بمناسبة دعوى منظورة أمام محاكمها، سلطة قضائية أخرى أو دبلوماسية بقصد القيام بجمع أدلة الإثبات أو إجراء تحقيق يقتضيه الفصل في النزاع. فالإنابة القضائية هي صورة من صور التعاون الدولي والتي تتم على مستوى الاختصاص القضائي الدولي وليس على مستوى الاختصاص التشريعي، فهي تعد تعاون في ميدان الإجراءات المدنية والتجارية الدولية. و رغم أن المحكمة التي يطلب من سلطاتها القيام بالإنابة القضائية غير ملزمة بأداء هذا الإجراء لما لها من سيادة مطلقة على إقليمها، إلا أن العادة جرت على تعاون الدول فيما بينها.

الإنابة القضائية وإن كانت مستقرة في كافة التشريعات الوطنية، حيث نص عليها المشرع الفرنسي في قانون المرافعات الجديد في المواد من 830إلى غاية 832[1]، وكذا المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد من 112 إلى غاية 124[2]. إلا أن بعض الدول، وبالرغم من تنظيمها لقواعد الاختصاص القضائي الدولي، إلا أنها لم تنظم مسألة الإنابة القضائية الدولية والسبب في ذلك يرجع إلى اختلاف المواقف التشريعية في تكييف موضوع الإنابة القضائية.

اعتبرت هذه الدول أن مسألة الإنابة القضائية هي مسألة تتعلق بسيادة الدولة وهم أنصار الفقه التقليدي، الذين كانوا يعتدون بفكرة الإقليمية البحتة، واعتبروا أنه لا يجوز إلزام قاضي أجنبي بالقيام بإجراء من إجراءات التحقيق أو الإثبات، فكل قاضي ملزم بتطبيق ما يمليه عليه مشرعه وذلك طبقا للقوانين التي ينص عليها.

يمكن القول أن قانون العلاقات الدولية الخاصة أو ما يعرف بالقانون الدولي الخاص بطبيعته وفي جوهره قانون مقارن والباحث المهتم بمشكلات هذا الفرع من العلوم القانونية يدرس الأحكام القانونية المعمول بها في قانونه الوطني وكذا القوانين الأجنبية، وانطلاقا من هذا فإننا استخدمنا منهجين معا المنهج التحليلي والذي

[1] المرسوم رقم 75-250 المتضمن قانون المرافعات الفرنسي الجديد لسنة 1975.

[2] قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

اعتمدنا علية بهدف تحليل النصوص القانونية في التشريع الداخلي وكذا الاتفاقيات الدولية ومعرفة الهدف منها، واعتمدنا المنهج المقارن من أجل معرفة أوجه الشبه والاختلاف بين ما جاء به كل من التشريع الداخلي وكذا الاتفاقيات الدولية.

الهدف من دراستنا لهذا الموضوع هو معرفة التنظيم القانوني وكذا التنظيم الإجرائي للإنابة القضائية الدولية، التي قامت كل من الاتفاقيات الدولية وكذا معظم التشريعات الوطنية بتنظيمها وهو ما يطرح التساؤل الآتي:

ما هو الأساس القانوني للإنابة القضائية الدولية؟

وتطرح هذه الإشكالية عدة تساؤلات منها:

*ما مدى إلزامية الإنابة القضائية الدولية كأساس لتنفيذها؟

*ما هو النطاق القانوني للإنابة القضائية الدولية؟

*ما هي طرق تنفيذ الإنابة القضائية الدولية؟

*ما هو القانون الواجب التطبيق على الإنابة القضائية الدولية؟

للإجابة على هذه الإشكالية وعلى التساؤلات المتفرعة عنها قمنا بهذا البحث الذي عالجنا فيه ضمن فصلين، الفصل الأول التنظيم القانوني للإنابة القضائية وفيه تناولنا الأساس القانوني للإنابة ونطاقها القانوني، وأيضا موضوع الإنابة القضائية الدولية. أما الفصل الثاني التنظيم الإجرائي للإنابة القضائية وفيه تناولنا تنفيذ الإنابة القضائية الدولية، وأيضا القانون الواجب التطبيق على الإنابة القضائية الدولية.

الفصل الأول: التنظيم القانوني للإنابة القضائية الدولية

التنظيم القانوني للإنابة القضائية الدولية، هو الإطار القانوني لها أي أننا ندرس الإنابة القضائية في الاتفاقيات الدولية وكذا التشريعات الوطنية، وفيه تناولنا أساس الإنابة القضائية ونطاقها القانوني، وكذا موضوع الإنابة القضائية الدولية.

المبحث الأول:أساس الإنابة القضائية الدولية ونطاقها القانوني

الإنابة القضائية هي طلب للقيام بإجراء من إجراءات التحقيق متى كان ذلك لازما للفصل في الدعوى ودراسة الإنابة القضائية الدولية تقتضي منا معرفة أساسها القانوني (المطلب الأول) وكذلك معرفة النطاق القانوني للإنابة القضائية (المطلب الثاني)

المطلب الأول:أساس الإنابة القضائية وتمييزها عن ما يشابهها

الإنابة القضائية ليست بذاتها إجراء من إجراءات التحقيق إنما هي طلب[1] باتخاذ إجراء قضائي من إجراءات التحقيق أو غيره متى كان لازما للفصل في الدعوى، وقد تضاربت الآراء حول الإنابة إذا ما كانت ملزمة أم ليست ملزمة كأساس لتنفيذها (الفرع الأول) وعلى اعتبار أنها تكون أثناء سير الدعوى فيمكن أن تختلط بإجراءات أخرى، لذلك ميزنا الإنابة عن ما يشابهها (الفرع الثاني)

الفرع الأول: مدى إلزامية الإنابة القضائية الدولية كأساس لتنفيذها

اختلف الفقه حول مدى إلزامية الإنابة القضائية الدولية كأساس لتنفيذها، فيذهب الفقه التقليدي وهم أنصار الإقليمية البحتة، إلى عدم إلزامية الإنابة القضائية وبالتالي رفض تنفيذها (أولا) في حين اتجه الفقه الحديث إلى إلزامية الإنابة القضائية (ثانيا).

أولا:عدم إلزامية الإنابة القضائية الدولية

يذهب هذا الجانب من الفقه إلى أن الإنابة القضائية الدولية غير ملزمة استنادا إلى السيادة والنطاق المحفوظ للدولة، حيث أن القضاء الوطني لكل دولة وجد للفصل في المنازعات التي تثور أمامه سواء كان أطرافها وطنيين أو

[1]وهذا الطلب هو بذاته أيضا-في داخل الخصومة القضائية-إجراء قضائي،عكاشة محمد عبد العال، الإنابة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية2007ص18

أجانب وذلك لآن هدف القضاء الوطني هو إشباع حاجة مواطنيه مما يجعله غير مؤهل لتقديم خدماته لطلبات دولة أخرى أو يضعها تحت سيادة دولة أخرى وهذه الحجة تحول دون الإنابة القضائية من الناحية الإيجابية فتمنع من طلب الإنابة القضائية من دولة أخرى من الناحية السلبية الذي يحول دون استقبال الإنابة المرسلة إليها من دولة أجنبية

إن مبدأ سيادة كل دولة على إقليمها يجعل أمر قبول الإنابة القضائية اختياريا وليس إجباريا أساسه المجاملة الدولية La courtoisie internationale طالما لا توجد اتفاقيات ثنائية أو جماعية تلزم بذلك ففي غير ذلك تعتبر الإنابة القضائية مجرد رخصة أو تسامح من قبل الدولة التي طلب منها ذلك.[1]

أصحاب هذا الرأي لا ينكرون أهمية التعاون القضائي ودور الإنابة القضائية في نطاق الإجراءات المدنية والتجارية الدولية،إلا أن هناك التزاما مفروضا على عاتق الدول بمقتضاه يجب تنفيذ الإنابة القضائية ويجد أساسه في العرف الدولي، وأهمية التعاون القضائي عند أصحاب هذا الرأي غير منكرة والوظيفة الهامة للإنابة القضائية في نطاق الإجراءات المدنية والتجارية الدولية ليست موضع شك ومع ذلك يقدرون أن هناك التزاما مفروضا على عاتق الدول بمقتضاه يجب تنفيذ الإنابة القضائية ذلك أن أساسها وحسب المجاملة الدولية. إن الرأي السائد في الفقه والقضاء يرى أن القاضي المناب ليس ملزما بتنفيذ الإنابة والأمر بالنسبة له مجرد رخصة تخضع لتقديره إلا إذا كان هناك اتفاقية دولية تفرض هذا التعاون.أو كان مشرعه الوطني يفرضها عليه بنصوص صريحة كما هو الحال في قانون المرافعات الفرنسي الجديد لسنة 1975 في المواد 830-832. وحتى على فرض قبول الإنابة القضائية فإن هذا الإلزام يتجرد من كل قيمة من الناحية العملية لأنه لا توجد أي سلطة فعلية على القاضي المناب عند تنفيذ الإنابة ولا توجد أي رقابة فعلية أو حتى نظرية من قبل الجهة المنيبة الطالبة.[2]

ثـانيا: إلزامية الإنابة القضائية الدولية

يتجه جانب كبير من الفقه والتشريعات التي نصت على الإنابة القضائية الدولية، إلى إلزامية الإنابة القضائية كأساس لتنفيذها استنادا إلى سيادة العدالة والتعايش المشترك بين النظم القانونية. وأساس العرف الدولي الداعي للقول بإلزامية الإنابة القضائية الدولية هو الرغبة في التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة والضرورات

[1] محمد مصطفى يونس،الانابات القضائية في إجراءات التقاضي والتنفيذ،دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة،دار النهضة العربية مصر2002 ص47

[2] المشار إليه في Japoit traité de procédure civile،محمد مصطفى يونس، المرجع السابق ص48

العملية التي تجعل ثمة استحالة فعلية في قيام المحكمة المنيب باتخاذ هذه الإجراءات بنفسها في شأن الخصومة الأصلية المنظورة أمامها، ولذلك تصح الإنابة إلى الجهة القضائية الأجنبية، أو إلى رجال السلك الدبلوماسي أو القنصلي للدولة المعتمدين في الخارج حتى لو لم يكن بين الدولة التي تتبعها المحكمة المنيبة والدولة المعتمدة فيها هؤلاء الأشخاص، ارتباط بموجب اتفاقية دولية أو ثنائية[1] وأن القول بفكرة المجاملة الدولية كأساس لفكرة الإنابة القضائية هو قول تخطاه الزمن نظرا لأن هذه الفكرة السياسية وجدت كمحطة تاريخية لتبرير حلول معينة في العلاقات الخاصة الدولية ويجب عدم اللجوء إليها الآن في ظل تطور القانون الدولي الخاص.

والقول بإلزامية الإنابة القضائية الدولية ضروري و أساسي لإعلاء سيادة العدالة في نطاق العلاقات الخاصة الدولية لأن التعاون القضائي الدولي في مسألة معينة لا تستطيع السلطة القضائية في دولة معينة أن تحقق في القضية المعروضة عليها إلا بتكاتف السلطة القضائية في دولة أخرى، يعد سببا موجب لقبول الإنابة القضائية وعدم جواز رفضها فلا يتصور أن ترسل الدولة التي يفصل قضاءها في دعوى معينة وأدلة الإثبات في دولة أخرى، أن ترسل أو أحد موظفيها العموميين إلى هذه الدولة لتنفيذ الإنابة. كما لا يتصور أن تأمر قضاة الدولة الأجنبية بذلك، إذ لا سلطان لها عليهم. فأنى تتحقق العدالة على المستوى الوطني والدولي إن لم يكن هناك إلزام على قبول الدولة لطلب الإنابة فإلزامية الإنابة من الأمور الأساسية التي تحقق الأمن والاستقرار القانوني.[2]

ولا تتعارض فكرة إلزامية الإنابة القضائية الدولية مع فكرة السيادة أو استقلال كل دولة أو الانتقاص من أي منهما لأن لكل دولة مطلق السيادة والحرية في تحديد الطريقة التي يتم بها تنفيذ الإنابة القضائية أو طريقة اتخاذ إجراء معين يقع على أرضها تطلبه منها أي دولة أخرى[3].

يرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن قبول الإنابة القضائية أصبح في حكم الضرورة ،و ليس هناك من يمنع من قبولها أو تعارضها مع الشريعة الإسلامية، و ذلك لارتباط العالم بأجزائه بما وفرته وسائل المواصلات و الاتصالات بالعالم الخارجي ، فزادت البعثات العلمية و نشطت الحركة التجارة ، و الحاجة إلى الخبرة الفنية الأجنبية التي لا فكاك عنها، و زادت حركة السياحة و السفر . فمن شأن هذا التشابك الكبير في الرغبات و المصالح، أن تعدد المنازعات عندما تتعارض تلك المصالح أو الرغبات. فإذا ما طرحت إحدى هذه المنازعات على ساحات إلقاء في

[1] عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية،ص818،محمد مصطفى يونس، المرجع السابق ص48

[2] محمد مصطفى يونس، المرجع السابق ص49

[3] محمد مصطفى يونس،المرجع السابق ص49

دولة أجنبية، أو أمام القضاء الوطني ، فلا شك أن الكثير من الخيوط و الأدلة مما يقع في نطاق الدولة الأجنبية ،و لا يمكن للمحكمة الوطنية الفصل في مثل هذه النزاعات إلا بالوصول لتلك الخيوط و هذه الأدلة الموجودة في الدولة الأجنبية . و لما كان من شأن الوصول لهذه الأدلة ليس بوسع القضاء الوطني الحصول عليها مباشرة بواسطة قضائه ،فليس هنالك بد إلا بالسماح للمحاكم الوطنية بإنابة القضاء الأجنبي في تلك المهمة ، و المعاملة في الحالات المقابلة.[1]

الفرع الثاني: تمييز الإنابة القضائية الدولية عما يشابهها

الإنابة القضائية الدولية تثور بمناسبة اتخاذ إجراء معين من إجراءات التحقيق في الخارج والإنابة تعرض قي شأن الخصومة وهي في مرحلة الإجراءات وهي بذلك قد تشترك مع الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية(أولا) أو تنفيذ الأحكام الأجنبية (ثانيا)

أولا:الإنابة القضائية الدولية و الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية

قد يحدث وان تختص أكثر من محكمة في القانون الداخلي بالنظر في دعوى واحدة كما في حالة تعدد المدعى عليهم وتعدد مواطنهم ولا شك في أن الاختصاص لأكثر من محكمة بمنازعة واحدة أمر ينجم عنه مخاطر وأضرار عديدة أهمها المساس بحسن إدارة القضاء وتحقيق العدالة واحتمال صدور أحكام متناقضة ومتعارضة ولهذا تمنع القوانين الداخلية قيام دعوى واحدة أمام محكمتين حتى ولو كان الاختصاص لهما قد انعقد صحيحا.

إذا كان ما سبق هو المقرر في مسائل الإجراءات المدنية والتجارية في القوانين الداخلية فإن الوضع في نطاق الاختصاص القضائي الدولي غير محدد من الناحية التشريعية فإذا كانت المحاكم الجزائرية مختصة بنظر نزاع رفع إليها بالتطبيق لقواعد اختصاصها فإن السؤال الذي يثور يكمن في معرفة ما إذا كان القاضي الجزائري يقبل الدفع بالإحالة الذي قد يثار أمامه من المدعي عليه لسبق رفع الدعوة أمام محكمة أجنبية قياسا على ما هو مقرر في القانون الداخلي أمل ،لم يفصح المشرع الجزائري شأنه في ذلك شأن كثير من التشريعات كالتشريع الفرنسي عن الحكم[2] .

[1] محمد مصطفى يونس، نفس المرجع ص50

[2] عكاشة عبد العال، المرجع السابق ص48

يبدو في الظاهر وللوهلة الأولى صعوبة تعدية الأحكام المقررة في القانون الداخلي بشأن المنازعات الخاص الدولية وذلك لأن هذه الأخيرة ذات طبيعة خاصة حيث في هذه الحالة لا يكون النزاع مرفوعا أمام محكمتين تابعتين لسيادة دولة واحدة وإنما أمام محكمتين تابعتين بدولتين مختلفتين حيث تود كل محكمة أن يصدر الحكم باسمها ووفقا لما حدده مشرعها من إجراءات.

قبول الدفع بالإحالة يترتب عليه نزع الاختصاص من القضاء الوطني ومنحه لمحكمة أجنبية و بعبارة أخرى فإن الدفع بالإحالة يتم لمصلحة القضاء في دولة أجنبية ومن ثم فإن الحكم الذي سيصدر في هذه المنازعة سيكون باسم سيادة الدولة الأجنبية المحال إليها الدعوة ،ويشترط لقبول الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية أن يتعلق الأمر بدعوى واحدة متصلة بناع مرفوع أمام محاكم وطنية ومحاكم أجنبية وتكون الدعوى واحد إذا اتحد المحل والسبب والأطراف وعلى ذلك فإنه لا محل لقبول الدفع بالإحالة إن اختلف موضوع الدعويين أو أطرافهما أو السبب فيهما[1] ويكفي الاختلاف في واحد من هذه العناصر ليرفض قبول الدفع بالإحالة. كما يشترط أن تكون المحكمتان المرفوع أمامهما النزاع مختصتين وهذا الشرط مرتبط كثيرا بمسألة تنفيذ الأحكام.

سواء تعلق الأمر بالدفع بالإحالة أو بالإنابة القضائية ففي الحالتين الأمر يتعلق بمسألة من مسائل الاختصاص القضائي الدولي تكون فيها الدعوى المنظور في مرحلة من مراحل الإجراءات فلو كان الحكم قد صدر من المحكمة المنيبة لما كان هناك محل للإنابة ولو كان الحكم قد صدر في منازعة مرفوعة في الخارج لانتفى شرط من شروط الدفع بالإحالة وهو أ تكون الدعويين مرفوعتين أمام قضاء وطني وقضاء أجنبي. وكلاهما يخضعان للقانون الذي يحكم الإجراءات وهو قانون دولة القاضي المحا إليه أو المناب وهذا ما جاء في المادة 21 مكرر من القانون المدني. وأيضا كلاهما غايتهما إعمال التضامن المشترك بين النظم القانونية ويتحقق ذلك في الإنابة بأن يقوم القاضي المناب بتنفيذ الإنابة المرسلة إليه من الخارج حيث يكون ذلك لازما للكشف عن الحقيقة ويتحقق ذلك في الدفع بالإحالة العهدة لمحاكم الأجنبية الأكثر ارتباطا بالنزاع والأكثر قدرة على كفالة آثار الحكم الصادر في هذا النزاع.

وقد تختلف الإنابة القضائية الدولية عن الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محاكم أجنبية في أن الدفع بالإحالة يتم التخلي عن الدعوى بأكملها من قبل القاضي الوطني أما في الإنابة القضائية ليس هناك أي تخلي عن

[1] المشار إليه في Mayer القانون الدولي الخاص،عكاشة عبد العال، المرجع السابق ص48

الاختصاص بل إن القاضي المنيب يطلب اتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق متعلق بالمنازعة. وكذلك فإن في الإنابة القضائية لا نكون إلا بصدد منازعة واحدة مرفوع عنها دعوى واحدة والمنظورة أمام القاضي المنيب واقتضت اعتبارات الضرورة اتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق في الخارج أما في الدفع بالإحالة فنحن بصدد منازعة واحدة ولكن رفع عنها دعويان أمام محكمتين محكمة وطنية ومحكمة أجنبية وانعقد الاختصاص بمقتضى قواعد الاختصاص القضائي[1].

وفي الأخير يمكن القول أن الإنابة هي عبارة عن طلب من الدولة المنيبة إلى إحدى الدول المنابة للقيام بإجراء قضائي معين في أي مرحلة من مراحل الدعوى وقبل صدور الحكم وذلك بسبب توزع موضوع الإجراءات القضائية في الدعوى موضوع النزاع بين دولتين أو أكثر وهو ما سيحقق بالنتيجة أحد أهم أهداف القانون الدولي الخاص ألا وهو التعايش السلمي والتناسق بين النظم القانونية للدول. وبهذا ففي الإنابة لا يكون هناك تخلي عن الدعوى لحساب الدولة الأجنبية المنابة، أما في الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محاكم أجنبية–هنا يفترض وحد الموضوع والسبب والأطراف في المنازعة المعروضة أمام القضاء الوطني نفسها أمام القضاء الأجنبي–فيكون التخلي كامل عن النظر في الدعوى لحساب الدولة الأجنبية لسبق رفع الدعوى أمامه أو لارتباط النزاع بقضاء الدولة الأجنبية أكثر منه في القضاء الوطني.[2]

ثانيا:الإنابة القضائية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية

الإنابة القضائية بوصفها طلب ينصب على موضوع يتمثل في اتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق من أجل الفص في النزاع وتكون الدعوى في مرحلة إجراءات أي في المرحلة بين تاريخ رفع الدعوى وآخر إجراء صحيح سابق على إصدار الحكم فيها فقبل رفع الدعوى وبعد صدور الحكم لا يكون هناك مجال للإنابة حيث بعد صدور الحكم يكون تنفيذ الحكم الأجنبي وعندها يتعلق الأمر بتوافر الشروط التي حددها المشرع للتنفيذ وذلك في المادة 605 من ق.إ.م.

[1] عكاشة عبد العال، المرجع السابق ص56

[2] عبد الرسول عبد الرضا جابر، دور الإنابة القضائية الدولية في تحقيق التعايش بين النظم القانونية، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد1، العدد14، جامعة بابل 2013ص 85

ومن جهة أخرى فإن نتائج الإنابة القضائية تتركز se localisent في إقليم الدولة المنيبة المرفوع الدعوى الأصلية أمامها لأنها تتصل بهذه المنازعة وتتعلق بها وتعد جزءا أما آثار الأحكام الأجنبية فهي ترتكز في إقليم دولة أخرى غير إقليم الدولة التي صدر الحكم عن محاكمها في إقليم دولة التنفيذ.

في تنفيذ الحكم الأجنبي يراقب القاضي في دولة التنفيذ شرط الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم ولذلك نجد المشرع الجزائري يشترط في المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ضرورة أن يكون الحكم صادر من جهة مختصة في حين أن الإنابة القضائية لا يكون للقاضي المناب الحق في البحث في الاختصاص القضائي الدولي للقاضي المنيب.[1]

في تنفيذ الحكم الأجنبي يشترط المشرع الجزائري أن يكون الحكم حائزا لقوة الشيء المقضي فيه وذلك لضمان استقرار الأحكام في حين انه في الإنابة القضائية تكون في مرحلة الإجراءات أي قبل صدور الحكم. كما يشترط المشرع أن لا يتضمن الحكم الأجنبي ما يخالف النظام العام والآداب العامة وهو أيضا ما يشترط لتنفيذ الإنابة القضائية.

من الملاحظ في القانون المقارن بصفة عامة أن هناك نظامين سائدين للاعتراف بقيمة الحكم الأجنبي أولهما نظام المراجعة وهو السائد في الدول الأنجلوساكسونية والثاني نظام المراقبة والاعتراف بقيمة الحكم الأجنبي في كلا النظامين لا يتم إلا إذا كان الحكم قد صدر عن السلطة القضائية في الدولة الأجنبية أما في خصوص الإنابة القضائية الدولية فإن الذي يقوم بذلك قد يكون الجهة القضائية أو جهة أخرى غير قضائية تنفيذية أو إدارية بل وقد يكون شخصا عادا من الأشخاص تعترف له الدولة المنابة بسلطة اتخاذ مثل هذا الإجراء كما قد يتم تنفيذها عن طريق رجال السلك القنصلي أو الدبلوماسي.

وإلى جانب ما تقدم فإن الحكم الأجنبي الذي تتوافر شروطه ويصدر الأمر بتنفيذه يكون له القوة التنفيذية متى صدر نهائيا[2] أي أصبح حائزا لقوة الشيء المقضي فيه ويحص هذا دون أن يخضع الأمر لتقدير القاضي الذي

[1] عكاشة عبد العال، المرجع السابق ص62

[2] المشار إليه في راجع مؤلفنا في الإجراءات المدنية والتجارية الدولية،عكاشة محمد عبد العال المرجع السابق ص 65

الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي أما في خصوص الإنابة القضائية فإن الإجراء المتخذ في الخارج يخضع لتقدير القاضي المنيب ويكون له أن يأخذ به أم لا دون أن يخضع لرقابة المحكمة العليا.

يشترط لتنفيذ الحكم الأجنبي أن يكون صادرا من محكمة أجنبية مختصة حاول الفقه وضع عدة معايير لتحديد الاختصاص منها تحيد قواعد الاختصاص طبقا للدولة التي أصدرت الحكم أو طبقا للدولة التي يتم فيها التنفيذ ولأن المشرع الجزائري لم يحدد صراحة أي القواعد يتبع لتحديد الاختصاص فإنه يرجع في ذلك للاتفاقيات الدولية، أما في ما يخص الإنابة القضائية لا يكون على القاضي أن يراقب اختصاص المحكمة الأجنبية المنيبة فله أن يرفض تنفيذها أو ينفذها ما لم تكون مخالفة للنظام العام.

المطلب الثاني:النطاق القانوني للإنابة القضائية

النطاق القانوني للإنابة القضائية يقتضي معرفة الإنابة من حيث الشروط الواجب توافرها فيها والبيانات التي يجب أن تذكر فيها (الفرع الأول) وكذا اللغة التي يجب أن يحرر بها طلب الإنابة القضائية (الفرع الثاني)

الفرع الأول:شروط الإنابة القضائية وبياناتها

يشترط في الإنابة القضائية الدولية حتى تكون صحيحة جملة من الشروط اشترطتها معظم الاتفاقيات الدولية المنظمة للإنابة القضائية (أولا) كما يجب أن تحرر الإنابة القضائية مستوفية لبيانات محددة (ثانيا)

أولا:شروط الإنابة القضائية

الإنابة القضائية كغيرها من باقي الإجراءات يتطلب لصحتها توفر شروط حتى يقبل قاضي الدولة المنابة تنفيذها نصت عليه الاتفاقيات الدولية، ويشترط في الإنابة القضائية حتى تكون صحيحة الشروط الآتية:

1/أن يتعلق الأمر بإجراء من إجراءات التحقيق

يشترط في طلب الإنابة القضائية أن يتعلق الأمر بإجراء من إجراءات التحقيق أو الإثبات أو عمل من أعمال التنفيذ أو أي إجراءات قضائية أخرى ترى المحكمة المنيبة ضرورته للفصل في موضوع النزاع ، وهناك بعض

الاتفاقيات تتحفظ صراحة بشأن الأعمال القضائية الأخرى بنصها على أن الإجراءات التحفظية أو المتعلقة بالتنفيذ لا تدخل ضمن مدلول أعمال قضائية أخرى[1].

2/أن يتعلق موضوع الإنابة بدعوى قائمة أمام المحكمة المنيبة

يذهب الفقه وكذا الاتفاقيات الدولية ومنها المادة 6 من اتفاقية الإعلانات و الانابات القضائية بين الدول العربية1925 وكذا المادة 14من اتفاقية الرياض العربية، إلى اشتراط تعلق الإنابة القضائية بدعوى قائمة أو دعوى قيد النظر أي أن يتعلق الأمر بخصومة منعقدة ولا تنعقد الخصومة إلا بإعلان المدعي عليه بصحيفة الدعوى أو الطعن فلا يكفي مجرد إيداع الصحيفة بأمانة ضبط المحكمة المختصة لأن رفع الدعوى يختلف عن انعقاد الخصومة[2].

يرى بعض الفقه أن هذا الشرط ينفي إمكانية اللجوء إلى طريق الإنابة القضائية إذا كان الهدف منها طلب التحقيق في دعاوى متعلقة بنزاع مستقبلي أو دعاوى الأدلة أو المحافظة عليها لكي تكون دليل إثبات في دعوى يحتمل عرضها على القضاء مستقبلا[3].

3/أن يكون الطلب محرر وفقا لقانون الدولة المنيبة

يجب أن يكون طلب الإنابة القضائية محررا وفقا لقانون الدولة المنيبة إذا كانت الإنابة خارجية ويجب أن يكون موقعا عليه ومختوما بختم الجهة الطالبة هو وسائر الأوراق القضائية المرفقة للطلب وذلك دون الحاجة للتصديق عليه أو على الأوراق المرفقة وهذا ما جاء في المادة 16 من اتفاقية الرياض العربية.

ثانيا:بيانات الإنابة القضائية

حددت اتفاقية لاهاي الشكل التفصيلي للإنابة مع إمكان تضمين الطلب لعشر بيانات على سبيل الحصر منها أربعة إجبارية و ستة يجب استيفاؤها في حالة الضرورة في حين أن اتفاقية الرياض العربية ذكرت بيانات على سبيل الحصر في المادة 16فقرة2 والتي جاء فيها: ((...يتضمن طلب الإنابة نوع القضية والجهة الصادر عنها الطلب

[1] المادة17 من الاتفاقية المصرية الرومانية،محمد مصطفى يونس المرجع السابق ص125

[2] عكاشة عبد العال،محمد مصطفى يونس المرجع السابق ص 126

[3] محمد مصطفى يونس المرجع نفسه ص126

والجهة المطلوب إليها التنفيذ وجميع البيانات التفصيلية المتعلقة بوقائع القضية وبالمهمة المطلوب تنفيذها خاصة أسماء الشهود ومحل إقامتهم و الأسئلة المطلوب طرحها عليهم)). في حين أن اتفاقية لاهاي ذكرت البيانات الإلزامية وهي:

1/بيان الجهة المنيبة والجهة المنابة

2/بيان هوية أطراف الدعوى وعناوينهم وكذلك هوية وعناوين ممثليهم.

3/بيان طبيعة وموضوع الدعوى وملخص الوقائع.

4/تحديد إجراءات التحقيق أو الأعمال القضائية المطلوب القيام بها.

أما البيانات التي يمكن أن تشملها الإنابة في حالة الضرورة فهي:

5/أسماء وعناوين الأشخاص موضوع الإنابة.

6/الأسئلة المطلوب توجيهها والوقائع المطلوب مواجهتهم بها.

7/الوقائع والمستندات المطلوب إجراء الإنابة بصددها.

8/بيان هل يلزم حلف اليمين من جانب الأشخاص،وفي حالة الضرورة بيان الطريقة المتبعة في ذلك.

9/تحديد الشكل الخاص الذي قد ترغب الدولة المنيبة تنفيذ الإنابة وفقا له.

10/بيان حالات الإعفاء من الإنابة وموانع تنفيذها.

في الواقع يبدوا أن البيان الأول من البيانات الاختيارية كان يجب أن يكون في بيانا إلزاميا كما ذكرته اتفاقية الرياض، حيث يصعب من الناحية العملية أن توجه الإنابة إلى سلطات دولة أجنبية دون بيان الأشخاص موضوعها.

ورغبة في التسيير على الدول الأعضاء أعد المكتب الدائم لمؤتمر لاهاي صيغة معتمدة للطلب الذي يتعين أن توجه فيه الإنابة إذ يشتمل على كل البيانات السابقة[1] ولم تحدد الاتفاقية جزاء مخالفة هذه البيانات وكذا اتفاقية الرياض.

الفرع الثاني:لغة الإنابة القضائية

المعتاد أن يجرى تبادل الإنابة القضائية بين دولتين الأولى الدولة المنيبة طالبة المساعدة والثانية الدولة المنابة التي ستقدم المساعدة، وإذا كانت كل دولة تحرص على استخدام لغتها الرسمية في المجال القانوني فأي لغة تستخدم في تحرير الإنابة؟ هل هي لغة الدولة المنابة باعتبارها دولة مكان التنفيذ أم الدولة المنيبة؟

وقد يبدوا الأمر أكثر تعقيدا بالنسبة للدول التي تسود فيها لغتان أو ثلاث مع اعتبار كل منهما رسمية كدولة سويسرا على سبيل المثال تسود فيها أربعة لغات رسمية هي الألمانية، الفرنسية، الإيطالية، الرومانشية،فكيف يتم تحرير الإنابة في مثل هذه الحالة؟

حتى لا تقف بعض العقبات الشكلية والتي قد تكون خارجة عن موضوع الإنابة، عائقا أمام تنفيذ الإنابة حاولت اتفاقية لاهاي لعام 1970 التغلب على الصعوبات اللغوية حيث جاء في المادة الرابعة منها فقرة1 تحرر الإنابة في اللغة الرسمية للسلطة المنابة وإذا تعذر ذلك فيجب أن يرفق بها ترجمة معتمدة بهذه اللغة. وتعد هذه القاعدة المبدأ العام، في حين أن اتفاقية الرياض وفي مادتها 1/16 قالت أن الطلب يحرر وفقا لقانون الطرف المتعاقد الطالب للتنفيذ ولم تذكر اللغة الواجب إتباعها.

إذا كان تنفيذ الإنابة يتقرر على إقليم الدولة وبواسطة سلطتها المختصة، فلا أقل من أن تخاطب هذه السلطات باللغة التي تفهمها وتألف العمل بها. والاتفاقية واجهة أيضا الفرض الذي يتعذر فيه طلب الإنابة في اللغة الرسمية لدولة التنفيذ ،وإجازات رغبة في ألا يقف هذا الوضع حائلا دون تنفيذ الإنابة إمكان تقديم ترجمة معتمدة باللغة الرسمية لتلك الدولة.[2]

من المسلم به أن اللغتين الإنجليزية والفرنسية هما اللغتان الأولى و الثانية في العالم، لذلك أوجبت الاتفاقية على كل دولة طرف ضرورة قبول الإنابة الموجهة إليها بإحدى هاتين اللغتين أو المصحوبة بترجمة بإحدى هاتين

[1] أنظر fongaro، عبد المنعم زمزم بعض أوجه الإثبات الدولي دراسة في إطار القانون الدولي الخاص المقارن،دار النهضة العربية القاهرة2007ص 31

[2] عبد المنعم زمزم المرجع السابق ص33

اللغتين، ما لم تبد الدولة تحفظا على هذا الحكم وفقا لنص المادة 1/33 من الاتفاقية.ويلاحظ على هذا الحكم سعى الاتفاقية إلى الوصول قدر الإمكان إلى حلول عالمية بشأن اللغة المستخدمة في تحرير الإنابة .فإذا كانت اللغتان الإنجليزية والفرنسية هما اللغتين الأكثر انتشارا في العالم ،فقد حاولت المادة 2/4استغلال هذا الانتشار وقضت بالتزام الدول بقبول الإنابة المحررة أو المصحوبة بترجمة بإحدى هاتين اللغتين ،ولو لم تكن اللغة المستخدمة هي اللغة الرسمية فيها . فدولة كالكويت مثلا وهي الدولة العربية الوحيدة الطرف في هذه الاتفاقية تعد اللغة العربية ،لغتها الرسمية ، ومع ذلك تلتزم وفقا للنصوص المذكور بقبول أي إنابة موجهة إليها من أية دولة أخرى طرف ، وتكون محررة أو مصحوبة بترجمة بإحدى اللغتين المسابقتين ، على الرغم من أنهما لا تعتبران أحدهما أو كلاهما لغتين رسميتين لدولة الكويت.

ومع ذلك لم يرد واضعو الاتفاقية فرض هذا الحكم قسرا على مختلف الدول دون مراعاة إرادتهم وإنما أجازت الاتفاقية لكل دولة أن تستعمل رخصة التحفظ على بعض أحكامها وذلك طبقا لنص المادة1/33 وتعتبر فرنسا وقد قررت ذلك بمقتضى مرسوم رقم75 - 250 في 9 أفريل 1975.

لم تغفل الاتفاقية تقرير الحكم للدول المركبة التي يتحدث سكانها أكثر من لغة حيث قضت المادة3/4 ((في الدول التي تسود فيها أكثر من لغة رسمية ولا تستطيع –بالنسبة لكل أجزاء إقليمها- قبول الإنابة في إحدى هذه اللغات فإنه يتعين عليها أن تعلن عن اللغة التي يجب استخدامها بخصوص كل جزء من أجزاء إقليمها)) وهكذا تلتزم الدول المركبة لغويا بإعلان اللغة الرسمية لكل جزء من الأجزاء المكونة لإقليمها حتى تتمكن الدول الأعضاء من توجيه طلبات الإنابة القضائية إليهما على نحو صحيح في حين أن اتفاقية الرياض العربية جاءت خالية من ذلك.

رغبة في القضاء من حيث المبدأ على كل الصعوبات اللغوية قد تعترض تنفيذ الإنابة القضائية فإنه يمكن لكل دولة أن تعلن عن اللغة أو اللغات التي يجب استخدامها لتحرير الانابات القضائية المرسلة المادة 4/4 [1] وتطبيقا لذلك فإن مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص بالدول الأعضاء نادى بضرورة إعداد طلبات نموذجية باللغة التي ترغب في تحرير الإنابة-المرسلة إليها-بمقتضاها.[2]

[1] أنظر التقرير الذي أعدته اللجنة المنبثقة عن هذا المؤتمر في عام2003،عبد المنعم زمزم المرجع السابق ص35

[2] عبد المنعم زمزم المرجع نفسه ص35

وفي جميع الأحوال يجب أن تكون الترجمة المرفقة بالإنابة ترجمة معتمدة وتكون كذلك إذا كانت وفقا لما تقضي به اتفاقية لاهاي حيث حددت أن الترجمة تكون رسمية متى صدرت عن البعثات الدبلوماسية أو القنصلية، مترجم معتمد.

المبحث الثاني:موضوع الإنابة القضائية الدولية

موضوع الإنابة القضائية الدولية هو معرفة ما تنصب عليه الإنابة القضائية لذلك حاولنا في هذا المبحث أن نعرض ما يمكن أن يكون محلا للإنابة القضائية (المطلب الأول) فإذا تبين لنا ما يمكن أن يكون محلا للإنابة برزت المسائل التي لا تجوز فيها الإنابة القضائية الدولية (المطلب الثاني).

المطلب الأول:محل الإنابة أو ما تجوز فيه الإنابة القضائية الدولية

محل الإنابة القضائية هو الموضوع الذي يجب أن تنصب عليه الإنابة القضائية الدولية حتى تكون مقبولة ويقوم القاضي المناب بتنفيذها، وموضوع الإنابة القضائية قد يكون إجراء من إجراءات التحقيق أو الإثبات (الفرع الأول) أو أي إجراء قضائي يقدر القاضي أهميته (الفرع الثاني) وإمكانية اللجوء للإنابة القضائية لمعرفة القانون الأجنبي (الفرع الثالث).

الفرع الأول:موضوع الإنابة إجراء من إجراءات التحقيق و الإثبات في منازعات القانون الخاص

الأصل أن ينصب موضوع الإنابة القضائية على اتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق أو الإثبات أو جمع الأدلة حيث يتعذر القاضي المنيب أن يقوم بها بنفسه والذي ينبغي إبرازه أن إجراءات التحقيق هي إجراءات قضائية تدخل في تكوين الخصومة بوصفها مجمعة من هذه الإجراءات ويعد كل إجراء منها عملا قانونيا قائما بذاته يضبط قانون الإجراءات المدنية والإدارية عناصره ويبين أثره القانوني ويرتب جزاء على مخالفته ومنه قد يكون محل الإنابة:

1/إلزام شخص خصما كان أم من الغير موجود في الخارج بتقديم ما لديه من مستندات متى كان الهدف من ذلك هو مساعدة القضاء في الكشف عن الحقيقة.

2/الأمر بسماع شهادة شهود موجودين بالخارج سواء كان ذلك للإثبات أو النفي.

3/الأمر بتعيين خبير للقيام بعمل من أعمال الخبرة الفنية.

4/الأمر بإجراء معاينة للمال الموجود في الخارج (عقارا كان أم منقول) أو لمكان الحادث أو وقوع الكارثة كما هو الشأن بالنسبة لعقود التامين.

5/فحص الدفاتر التجارية الموجودة في الخارج أو أخذ صورة منها وكذا إرسال المستندات المتعلقة بمضاهاة الخطوط أو بصحة العقود المدعى بتزويرها.

6/استجواب الخصم الموجود في الدولة المنابة بقصد انتزاع الدليل من المستجوب شخصيا على أنه يستوي في ذلك أن يكون الأمر متعلقا بما يسمى بالاستجواب المقيد L'interrogatoire sur faits et articlesوالذي غايته الحصول على إقرار قضائي من الخصم وتجدر الإشارة أن القاضي المنيب لا يتخذه من تلقاء نفسه وإنما يجب أن يطلبه الخصوم ولذلك ليس للقاضي المنيب أن يطلبه بمقتضى الإنابة القضائية إلا بناءا على طلب من أحد الخصوم.

7/توجيه اليمين ويستوي في ذلك اليمين الحاسمة واليمين المتممة على انه إذا تعلق الأمر باليمين الحاسمة فإن الذي يطلبها من القاضي المنيب هو الخصم على أساس أن أنها توجه من الخصم إلى الخصم ولا توجه من القاضي على عكس اليمين المتممة التي يلجأ إليها لاستكمال أدلة الدعوى أو لتأكيد أدلة أحد الخصوم.

8/قد يكون موضوع الإنابة القضائية إجراء تحقيق Une enquête لجمع الأدلة أو على الحصول على المعلومات Obtention renseignements التي تساعد في تشكيل عقيدة القاضي من أجل معرفته الحقيقة في المنازعة المنظورة أمامه ، ومن الجدير بالذكر أن جمع الأدلة والحصول على معلومات بناءا على إنابة قضائية ترسل لجهة أجنبية قضائية له سند في أحكام القضاء الفرنسي[1] **فمثلا** في خصوص قضية تتعلق وقائعها بابنة طبيعي (ألكسندرا) كان قد ولد في باريس في السابع من سبتمبر 1974 واعترف به أبواه تباعا الأم في 26 نوفمبر1974 والأب في 11 جويلية 1975 رفع الأب وهو فرنسي الجنسية دعوى أمام محكمة باريس الابتدائية ضد الأم وهي فرنسية ألمانية متوطنة بفرنسا وضد جديي الطفلة لأمها المقيمين بألمانيا ويربيان الطفلة، مطالبا بحقه في حضانتها ونقل السلطة الأبوية إليه ومن غير أن ينازع بأن من حق الأم زيارة ابنتها واستضافتها عندها من وقت لآخر وان تنتقل الطفلة لزيارة جديها في ألمانيا.

وحتى تعمل المحكمة صحيح القانون محققة مصلحة الطفلة أصدرت في 23 سبتمبر 1980 حكما بإجراء تحقيق مزدوج الجانب فطلبت من ناحية المركز الاجتماعي لرعاية الطفولة بباريس إجراء بحث غايته جمع استدلالات والحصول على معلومات تتعلق بالمركز المادي والأدبي لكل من الأب والأم، وأرسلت إنابة إلى

[1] .Trib.gran أنظر عكاشة محمد عبد العال المرجع السابق ص72

السلطات القضائية الألمانية المختصة موضوعها إجراء تحقيق لجمع الأدلة بشأن وضع الطفلة والظروف التي تعيش فيها عند جديها كما طلبت المحكمة تزويدها بسائر المعلومات التي من شأنها تمكين المحكمة من تقدير مدى ملائمة نقل السلطة الأبوية للأب وإحاطتها،إن تعذر عليها ذلك، بالوسائل التي تمكن الأب من ممارسة حقه في رؤية ابنته. أرسلت هذه الإنابة مع صورة من الحكم الصادر في 23 سبتمبر 1980 إلى محكمة أو درجة في Saarbrücken ومنها إلى المحكمة الجزئية Saarlouis والتي أرسلتها بدورها إلى مكتب رعاية الطفولة بذات المدينة ولما أنهى المكتب مهمته أعاد الملف للسلطة القضائية الألمانية والتي أرسلتها بدورها للجهة القضائية الفرنسية المنيبة وفيه كل المعلومات التي طلبتها للفصل في الدعوى.[1]

الفرع الثاني:الإجراءات القضائية كموضوع للإنابة القضائية الدولية

هنا يجب أن نميز بين العمل الإجرائي L'acte de procédure و الإجراء القضائي L'acte judiciaire فكل إجراء قضائي هو عمل إجرائي ولكن العكس ليس صحيحا ويرى أغلب الفقهاء على أن العمل الإجرائي هو الذي يكون جزءا من مجموعة إجراءات ويرتب أثر إجرائيا مباشرا فيها ويعكس هذا التعريف عناصر العمل الإجرائي فهو أولا مسلك إيجابي له وصف العمل القانوني ومن هنا فإن مجرد الامتناع عن العمل لا يعد إجراء كما لا يعد من هذا القبيل أيضا أعمال الذكاء مثل دراسة القاضي لملف القضية. ثانيا هو جزء من مجموعة الإجراءات التي تتكون منها الخصومة[2] وعلى ذلك فإن الأعمال التي تتم خارج الخصومة كاعذار الخصم أو الإقرار غير القضائي والخطابات المتبادلة والصلح مع الخصم فإنها لا تعتبر من إجراءات الخصومة ولا تدخل في تكوينها أي أنه لا يعد عمل إجرائي أي عمل يقوم به غير أشخاص الخصومة وبمقتضى ما تقدم فإن أي من هذه الأعمال لا يصلح أن يكون محل للإنابة القضائية لكونها تفتقد الصفة القضائية الواجب توافرها فيها لتكون موضوعا للإنابة، وهو ثالثا وأخيرا يرتب أثر إجرائيا مباشرا في الخصومة سواء تمثل في بدء الخصومة أو المساعدة في سيرها ويعد من قبيل الأعمال الإجرائية إثبات الصلح أو التنازل في محضر الجلسة.

[1] عكاشة عبد العال، المرجع السابق ص 73

[2] فتحي الوالي الوسيط المرجع السابق،عكاشة عبد العال،المرجع السابق ص75

ما تقدم هو عمل إجرائي ولكن ما هو الإجراء القضائي الذي يصلح أن يكون محل للإنابة القضائية متى كان اتخاذه لازما للفصل في المنازعة، والإجراء يتوفر فيه شرطان هما:

1/أن يكون إجراءا قضائيا وهو الإجراء الذي تسبغ عليه هذه الصفة متى صدر عن قاض بمناسبة قيامه بوظيفته كما يجب أن يخذ بشأن الخصومة المعروضة أمامه وأن يرتب فيها أثرا وكل إجراء تتوافر فيه هذه الأوصاف يصلح لأن يكون محل للإنابة القضائية متى قدر القاضي ذلك ويلاحظ في ذلك أمران مهمان أولهما أن تحديد الطبيعة القانونية للإجراء القضائي المرسل بمقتضى الإنابة القضائية هو مسألة تكييف والمرجع فيها هو قانون قاضي الدولة المنيبة. وثانيهما أن يكون الإجراء القضائي المراد اتخاذه بمقتضى الإنابة القضائية داخلا في اختصاص السلطة القضائية المنابة Dans ses attribution judiciaires وهو ما يتحدد بالرجوع لقانون الدولة المنابة نفسها[1].

2/أن يقدر القاضي المنيب أهمية القيام بهذا الإجراء القضائي ولزومه للفصل في المسألة المعروضة أمامه ويتأتى تقدير القاضي لذلك إما بناء على طلب من أحد الخصوم أو من تلقاء نفسه على حسب ما يخوله له المشرع من دور إيجابي من توجيه الخصومة وهي مسألة المرجع فيها قانون الإجراءات المدنية والإدارية في دولة القاضي المنيب.

يبدوا من الصعب تحديد هذه الإجراءات بصورة محددة ولعلى هذا ما يفسر أن أغلب الفقه لم يستطع التصدي لهذه الإجراءات غير أنه ذكر مجرد أمثلة عن ذلك من بينها:

1/طلب استلام الكفالات المتعلقة بالدعوى.

2/طلب استجواب السفيه المراد شموله بالوصاية أو القوامة.

3/تعيين مدير مؤقت أثناء دعوى الحجز.

4/طلب نشر الأحكام القضائية الصادرة في الدول الأجنبية في الصحف أو الإعلان عنها.

5/طلب اتخاذ التدابير اللازمة لإدارة المال الشائع أو جزء منه موجود في الخارج عند عدم تحقق الأغلبية.[2]

[1] Louis chatinمنشور في 1977Rév.crit المرجع السابق ص617،عكاشة عبد العال المرجع السابق ص77

[2] أنظر عكاشة عبد العال،المرجع السابق ص77-78

إن الإجراء المطلوب في الإنابة القضائية الدولية هو كل إجراء قضائي متعلق بخصومة منظورة أي خاص بمنازعة قيد النظر أمام الجهة القضائية المنيبة وعلى ذلك فلا يجوز أن يكون موضوع الإنابة القضائية أي إجراء لا تتوفر فيه الصفة المذكورة كالإنذار أو التنبيه على انه متى تعلق الأمر بإجراء قضائي فإنه لا عبرة بالوقت الذي يتم فيه فقد يكون عند افتتاح الدعوى أو في وقت آخر متى كان جزءا من الخصومة ورتب فيها أثرا إجرائيا مباشرا.

إن الأمثلة التي كرستها الأحكام القضائية–والمشار إلى بعضها– منها ما يعد من قبيل الأعمال القضائية ومنها ما يعتبر من الأعمال الولائية مثل التصديق على الصلح بين الخصوم وطلب تعيين وصي أو قيم. ويرى الدكتور عكاشة عبد العال أن التوسع في هذا الشأن وبسط نطاق الإنابة القضائية لتشمل أعمالا ذات طبيعة ولائية هو أمر يحقق الغاية من الإنابة القضائية ويوسع من نطاق عملها مع ما يترتب على ذلك في النهاية خدمة العدالة وتحقيق مصالح العلاقات الخاصة الدولية عبر الحدود فليس ثمة ما يدعوا إلى إخراج الأعمال الولائية من موضوع الإنابة القضائية خاصة إذا أدركنا أن الفقه الحديث يميل نحو اعتبار القضاء الولائي نشاطا مؤكدا على أن الاختلاف بين العمل القضائي بالمعنى الدقيق والقضاء الولائي لا يعدو أن يكون اختلافا في الدرجة لا في الطبيعة فالعمل الولائي شأنه شأن العمل القضائي يستهدف نفاذ القانون ويعمل على تحقيقه.

إن القضاء الفرنسي قد توسع إلى حد كبير في خصوص ما ترد عليه الإنابة القضائية فأجازها في شأن أعمال لا تعد من قبيل الإجراءات القضائية، من ذلك ما ذهب إليه حين أجازها بشأن طلب نشر الأحكام القضائية الصادرة في الدولة المنيبة في الصحف الأجنبية أو الإعلان عنها في الخارج في الدولة المنابة، ومعنى ذلك أن القضاء الفرنسي أجاز أن يكون موضوع الإنابة إعلان الأوراق القضائية في الخارج، ويقصد بالإعلان القضائي بوجه عام هو وسيلة علم الشخص بما اتخذ ضده من إجراءات وأساس فكرة الإعلان هو مبدأ المواجهة إذ لا يجوز اتخاذ إجراء دون تمكينه من العلم به.[1]

وإعلان الأشخاص الموجودين في الخارج يتم إما بتسليم الأوراق إلى وزارة الخارجية إذا لم يكن لهم وكيل مفوض بتسليم صورة الإعلان، يسلم الإعلان إلى وزارة الخارجية إذا لم يكن لهم وكيل مفوض بتسليم صورة الإعلان إلى وزارة الخارجية

[1] نبيل إسماعيل عمر، إعلان الأوراق القضائية، دراسة تحليلية وعملية في الفقه والقضاء المصري الفرنسي، دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية 2011 ص13

وهنا بعض الأنظمة أجازت استثناء الأمر بالإعلان إلى الإدارة المختصة بوزارة الخارجية لتوصيلها بالطرق الدبلوماسية، وأما عن لحظة تمام الإعلان بالطرق الدبلوماسية فقد نصت عليه المادة 9/13 من قانون المرافعات الفرنسي على أن:((ما يتعلق بالأشخاص اللذين لهم موطن معلوم في الخارج تسلم (صورة الإعلان) للنيابة العامة. وعلى النيابة إرسالها لوزارة الخارجية لتوصيلها بالطرق الدبلوماسية ويجوز أيضا في هذه الحالة وبشرط المعاملة بالمثل تسلم صورة مباشرة لمقر البعثة الدبلوماسية للدولة التي يقع بها موطن المراد إعلانه لكي تتولى توصيلها))[1]

وتمام الإعلان بالطرق الدبلوماسية كان فيه ثلاثة آراء، الأول يعتد بمصلحة طالب الإعلان ويأخذ بفكرة العلم الحكمي، أما الثاني يعتد بمصلحة المعلن إليه ويأخذ بفكرة العلم اليقيني ويعتد بلحظة تسليم صورة الإعلان إليه في الخارج، أما الرأي الثالث فقد وسط بين الرأيين السابقين حيث يعتد بلحظة العلم الحكمي ومصلحة طالب الإعلان ما لم يكن في ذلك ضرر لمصلحة المعلن إليه[2]

إذا كان القضاء الفرنسي قد توسع إلى حد كبير في شأن المسائل التي يمكن أن ترد عليها الإنابة القضائية فهل يتصور مثلا أن يكون موضوع الإنابة القضائية طلب الوقوف على مضمون القانون الأجنبي للدولة المنابة سواء أكان ذلك عن طريق إرسال شهادة رسمية أو إرسال نصوصه أو أحكام القضاء فيه وهل يمكن أن يكون موضوع الإنابة نقل مستندات موجودة في الخارج من الدولة المنابة إلى الدولة المنيبة .

الفرع الثالث:القانون الأجنبي وإمكانية اللجوء للإنابة القضائية

يذهب أغلب الفقه في فرنسا إلى اعتبار القانون الأجنبي في نفس مركز القانون الوطني مع إعمال ما يترتب على ذلك من آثار من حيث إلزام القاضي بالبحث عن أحكامه من تلقاء نفسه وخضوعه في تطبيق هذه الأحكام لرقابة المحكمة النقض[3] ولا يتحلل القاضي من التزامه بإعمال القانون الأجنبي إلا إذا استحال عليه ذلك وهي استحالة يتعين تسبيبها تسبيبا كافيا ولا تعارض في هذه الحالة بين التزام القاضي واستعانته بالخصوم نفسهم بغية الوصول إلى مضمون القانون الأجنبي، فالقاضي الوطني ملزم بتطبيق القانون الأجنبي متى كان عالما به علما بأن المعيار فيه هو معيار القاضي العادي إذ لا تكليف بمستحيل. إن إجماع الفقه على هذا الرأي وتواتره في

[1] طلعت محمود دويدار،الإعلان القضائي بين قيمة في الدعوى ومبدأ سلطان الإرادة في الخصومة،دراسة مقارنة،منشأة المعارف الإسكندرية 2003ص 99

[2] طلعت محمد دويدار المرجع السابق ص100

[3] هشام علي صادق المرجع السابق ص267

القانون المقارن أمر جعل القضاء في كثير من الدول وعلى رأسها محكمة النقض الفرنسية على العدول عن المذهب التقليدي المكرس منذ وقت طويل من الزمن والذي مقتضاه: عدم إلزام القاضي الوطني بأن يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه D'office فقد حدث تغيير كلي في موقف القضاء الفرنسي حيث يتعين التزام القاضي الوطني بإعمال قواعد تنازع القوانين وهو ما يعني أن هناك التزام على عاتق القاضي بأن يطبق هذا القانون من تلقاء نفسه ودون طلب من أحد الخصوم.

إن التزام القاضي بذلك يتحقق معه الهدف الذي يرمي إليه القانون الدولي الخاص وهو تحقيق التعايش بين النظم القانونية ولا يتحقق ذلك إلا بالسماح وبشكل فعلي لكل نظام قانوني بحكم المسائل التي ترتبط به أكثر من غيره وإلزام القاضي الوطني بحسم النزاعات المعروضة أمامه وفقا لما يقضي به النظام القانوني المتصل بالمنازعة. ولا يمكن للقاضي الوطني أن يتحلل من التزامه هذا إلا إذا استحالة عليه التوصل لمضمون القانون الأجنبي وعليه كما قلنا سابقا تسبيب حكمه وإلا كان معرض للنقض أمام المحكمة العليا.[1]

والذي لا شك فيه أن إعطاء القاضي إمكانية اللجوء للإنابة القضائية للوقوف على مضمون القانون الأجنبي في الدولة المنابة بوصفه طريقة أخرى إلى جانب الطرق الأخرى مثل تقديم نصوص القانون الأجنبي نفسها أو ترجمتها وتقديم المؤلفات الفقهية والأحكام القضائية أو الاستفادة من خبرة المتخصصين، يبدوا أنها من بين الوسائل التي يمكن الاستعانة بها للكشف عن مضمون القانون الأجنبي.[2] إن التقرير بإمكانية اللجوء إلى الإنابة القضائية لإرسال نصوص القانون الأجنبي أو أحكام القضاء فيه في دولة القاضي المناب للفصل في المسألة المثارة أمام القاضي المنيب فيجب التأكيد على عدة مسائل في هذا الخصوص:

1/إن اللجوء إلى هذا الطريق لا يكون مقبولا إلا حيث يكون القاضي غير ملم بمضمون القانون الأجنبي ويتعذر عليه العلم به أو يجد فيما يقدمه له الخصوم من مساعدة، كأن يقدم كل خصم حكما قضائيا يؤيد وجهة نظره تفسيرا لنص قانوني معين في القانون الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد الوطنية أمام القاضي المنيب على ذلك يمكن للقاضي المنيب أن يجد في سبيل الإنابة القضائية طريقا يعينه على الوقوف على القانون الأجنبي بصورة رسمية

[1] عكاشة عبد العال المرجع السابق ص81

[2] Octavin capatina, عكاشة عبد العال،المرجع السابق ص83

2/إن التزام القاضي بتطبيق القانون وطنيا أو أجنبيا ليس إجراء قضائيا، ذلك أن جوهر وظيفة القاضي هو تطبيق القانون على النزاع، وتقرير إمكانية اللجوء للإنابة القضائية في هذا الشأن مرده إلى أن من شأن ذلك أن يحقق التضامن المشترك بين النظم القانونية المختلفة وذلك بالسماح لكل نظام قانوني بحكم المسائل التي ترتبط به أكثر من غيره وهو ما لا يأتي إلا بفتح المجال أمام القاضي الوطني من أجل الوقوف على هذا القانون ومن بينها الإنابة القضائية.

3/إن القاضي الأجنبي يرسل بمقتضى الإنابة مضمون القانون الأجنبي يقوم بهذا بوصفه خبيرا وإذا كان الفقه الحديث يقبل إمكانية اللجوء إلى الخبرة –شفوية كانت أم مكتوبة– بوصفها من أفضل الوسائل التي يمكن بمقتضاها الكشف عن مضمون القانون الأجنبي فإنه يبدوا اللجوء للإنابة القضائية في هذا الخصوص أمر قد يكون مستحسن لدى الفقه والقضاء.[1]

4/قد يكون من الملائم اللجوء إلى إنابة رجال السلك الدبلوماسي و القنصلي الموجودين في الخارج في أمر إرسال نصوص القانون الأجنبي أو الكشف عن مضمونه بصفة عامة باعتبار ان ذلك قد يكون أسهل و أسرع ومع ذلك فإن إنابة الجهة القضائية في الدولة الأجنبية قد يكون أكثر فائدة، فالجهة القضائية هي الأكثر من غيرها قدرة على فهم الحقائق القانونية والعلم بها علما يمكنها من القيام بالإنابة القضائية بطريقة سليمة فليس هناك أعلم من القاضي الأجنبي بحقيقة قانونه وخاصة إذا كان مصدر القاعدة القانونية عنده هو القضاء لا التشريع. ومتى كان من الثابت أن البحث عن مضمون القانون الأجنبي هو التزام يقع على عاتق القاضي وتعذر عليه الوقوف على مضمون القانون الأجنبي بنفسه فإنه يمكن له أن يلجأ إلى الإنابة القضائية من تلقاء نفسه ولو لم يطلب الخصوم ذلك، فإذا امتنع عن ذلك بحجة أن الخصوم لم يطلبوا ذلك فإنه بذلك يكون قد خالف القانون ويكون قراره قابلا للطعن.[2]

[1] عكاشة عبد العال،المرجع السابق ص84

[2] عكاشة عبد العال،المرجع السابق ص 85

المطلب الثاني:ما لا تجوز في الإنابة القضائية

رأينا سلفا الحالات التي ترد عليها الإنابة القضائية، غير أنه هناك حالات لا تجوز فيها الإنابة القضائية حيث لا تجوز أن يكون موضوعها اتخاذ إجراء من إجراءات التنفيذ (الفرع الأول) كما لا تجوز أن تكون في اتخاذ إجراء ما لم يكن متعلق بحقوق الأفراد وكذا لا تجوز للفصل في الدعوى (الفرع الثاني) ولا تجوز أيضا في اتخاذ إجراء يقع على عاتق الخصوم (الفرع الثالث)

الفرع الأول:عدم جواز الإنابة في اتخاذ إجراء من إجراءات تنفيذ الحكم

لا يجوز أن يكون موضوع الإنابة القضائية اتخاذ إجراء من إجراءات تنفيذ الحكم الأجنبي إذ تلك مسألة مستقلة قائمة بذاتها تتم بمقتضى قواعد تنفيذ الأحكام الأجنبية التي أفرد لها المشرع الجزائري تنظيما خاصا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والذي لا شك فيه أن طلب اتخاذ إجراء من إجراءات تنفيذ الحكم الأجنبي بمقتضى الإنابة القضائية إلى جانب أنه يخالف الأحكام المنظمة لتنفيذ الأحكام الأجنبية في كل دولة من الدول، فيه مساس بسيادة الدولة المطلوب منها اتخاذ هذا الإجراء وهذا ما يؤكد الفقه والقضاء، فقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها في 29 نوفمبر 1973((أن موضوع الإنابة القضائية على نحو ما يتضح من ثنايا المادة 8 من اتفاقية لاهاي لسنة 1954الخاصة بالمرافعات المدنية ونوزلا على حكم القواعد لتي تمليها الشرعية العامة، المرسلة إلى السلطة القضائية في دولة أجنبية لا يعدوا أن يكون مجرد طلب لهذه السلطة بأن تجري في نطاق اختصاصها إجراء من إجراءات التحقيق أو أي إجراء قضائي آخر ودون أن يتعلق باتخاذ إجراء من إجراءات التنفيذ))[1]

وكمثال لذلك خلصت محكمة النقض الفرنسية أنه لا يمكن لمحكمة استئناف Agenأن تفوض بمقتضى الإنابة القضائية السلطات القضائية الإسبانية في اتخاذ إجراء من إجراءات تنفيذ الحكم الصادر عنها غايته تسليم قاصر إلى جديه لأبيه بوصفهما ممثلين لوالده،وكل إنابة قضائية تتم بالمخالفة لهذا الحكم تكون محل بطلان وهو بطلان يتعلق بالنظام العام يجوز التمسك به ولو لأول مرة أمام محكمة النقض[2] .

[1] أنظر عكاشة عبد العال المرجع السابق ص98

[2] أنظر قرار المحكمة،عكاشة عبد العال المرجع السابق ص 99

والسؤال الذي يطرح نفسه هو أساس هذا البطلان هل هو عدم الاختصاص L'incompétente أم تجاوز السلطة L'excès de pouvoir يرى الفقه الفرنسي أن أساس البطلان هو تجاوز السلطة، إذ ليس في مقدور السلطة القضائية أن تفوض سلطة قضائية أخرى أجنبية بمقتضى إنابة قضائية في القيام بإجراء من إجراءات تنفيذ الحكم الصادر عنها. إن الحل السابق جاء للتوفيق بين اعتبارين جوهريين أولهما سيادة كل دولة من الدول على إقليمها وتحقيق التضامن المشترك بين النظم القانونية باعتبار ذلك الهدف الأمثل للقانون الدولي الخاص وما يقتضيه ذلك من حماية للمعاملات الدولية والمحافظة على المصالح الخاصة للأفراد عبر الحدود. إن الجمع بين هاذين الاعتبارين اقتضى التسليم بصحة الإنابة القضائية بين الدول بوصف ذلك من صور التعاون بين الدول ووظيفة القاضي في تنفيذ الإنابة القضائية تكون عادة للتوفيق بين مصالح الأفراد على المستوى الدولي بالمساهمة في تحقيق العدالة وهكذا تأتي الرغبة في تنمية العلاقات الخاصة الدولية بوصفها دافعا لقبول الإنابة القضائية، وتأتي سيادة الدولة بوصفها حاجزا يحول دون تنفيذ كل أمر قضائي صادر من دولة أجنبية ومع ذلك فإن الرغبة الجادة لدى كل مشرعي الدول في العمل على تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة جعلته يضع قواعد خاصة لتنفيذ الأحكام الأجنبية من غير أن يجردها من قيمتها ودون أن يعتبرها من قبيل الأحكام الوطنية مقررا الاعتراف بها وتنفيذها مع إخضاعها للرقابة واقتضاء توفر مجموعة من الشروط هدفها التأكد من أن الحكم قد صدر بشكل صحيح وقانوني ودون أن يشمل ما يخالف النظام العام.[1]

وبمقتضى ما تقدم فإنه لا يجوز للسلطات القضائية الوطنية أن تفوض سلطة قضائية أخرى أجنبية – والعكس صحيح– في اتخاذ إجراء متعلق بتنفيذ حكم صادر منها أو الحجز على أموال موجودة في الخارج ولذات السبب فإنه لا يجوز أن يكون موضوع الإنابة القضائية اتخاذ إجراء من إجراءات التحفظية التي يقتضي إعمالها اتخاذ إجراء من إجراءات التنفيذ.

الفرع الثاني:عدم جواز الإنابة في اتخاذ إجراء لا يكن مرتبط بحقوق الأفراد ولا للفصل في الدعوى

يخرج من نطاق الإنابة القضائية كل إجراء من إجراءات التحقيق أو غيره من الإجراءات اللازمة للفصل في المنازعة متى لم يكن الأمر متعلقا بحق من حقوق الأفراد وعلى ذلك لا تجوز الإنابة القضائية ما لم يرتبط بأي من هذه المسائل حق من الحقوق الخاصة للأفراد لاتخاذ إجراء متعلق بمسألة من مسائل القانون المالي أو الجنائي[2] أو

[1] عكاشة عبد العال المرجع السابق ص 100

[2] إلا أذا تقررت الإنابة بمقتضى اتفاقية دولية ثنائية،عكاشة عبد العال المرجع السابق ص101

الإداري والعبرة بطبيعة المسألة ذاتها المتعلق بها الإجراء لا بطبيعة المحكمة التي تنظر النزاع وينبني على ذلك أنه لما كان للمدعي المدني في الدعوى المدنية المقامة بالتبعية أمام القاضي الجنائي جميع الحقوق المقررة للخصوم في الدعوى المدنية ومن ثم يجب إعلانه بالحضور كما له أن يبدي طلباته و أن يطلب سماع الشهود... فقد يعني للمحكمة أن هناك إجراء يلزم اتخاذه في الخارج متعلق بدعوى مدنية الهدف منه الحصول على معلومات بشأن مركز المضرور والتي تؤثر على مقدار التعويض فلا مانع في اللجوء للإنابة القضائية بشرط أن يكون هذا من شأنه أن يؤدي إلى صلاحية الدعوى المدنية للفصل فيها دون تأخير الفصل في الدعوى الجزائية.

كما لا يجوز أن يكون موضوع الإنابة القضائية هو تفويض من القاضي المنيب للقاضي المناب الأجنبي في الفصل في القضية برمتها، حيث أنه من الثابت أن الإنابة القضائية لا يترتب عليها نزع الاختصاص من قاضي المحكمة المنيبة إلى قاضي المحكمة المنابة بدلا منه[1]، فهناك فرق بين الإنابة القضائية وبين الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية وهو ما أشرنا إليه سابقا.

وإذا ما قام القاضي في الدولة المنيبة بتفويض قاضي الدولة المنابة في الفصل في القضية برمتها فإن ذلك يعد إجراءا باطلا بطلان مطلق لمخالفة القاضي القانون الواجب التطبيق للفصل في المنازعة وهذا البطلان يؤدي بنا بالضرورة إلى مسألة إنكار العدالة مع ما يترتب على ذلك كله من آثار.

نشير إلى انه يخرج من نطاق موضوع الإنابة القضائية كذلك ولا يصلح أن يكون محلا للإنابة ما يسميه الفقه بأعمال إدارة القضاء Acte d'administration judiciaire أي تلك الأعمال التي يقوم بها القاضي والتي تتعلق بأداء المحكمة لوظيفتها باعتبارها جزءا من مرفق عام وهو مرفق العدالة.

الفرع الثالث:عدم جواز الإنابة في اتخاذ إجراء يقع على عاتق الخصوم

لا تكون الإنابة القضائية جائزة إذا كان موضوعها هو اتخاذ إجراء من الإجراءات التي يقع على عاتق الخصوم القيام بها. الراجح أن الخصومة القضائية عمل قانوني واحد يتكون من أعمال تتابع زمنيا ومنطقيا بحيث يعتبر العمل السابق واجبا وضروريا للعمل الذي يليه وتؤدي جميعها بالضرورة إلى إنتاج أمر قانوني واحد يعتبر أثرا مباشرا للعمل النهائي. ولكن هذا العمل لا يستطيع وحده أن ينتجه بل تشترك الأعمال السابقة في ذلك بطريق غير مباشر.

[1] في هذا المعنى Bellet الإنابة القضائية في المسائل المدنية،موسوعة القانون الدولي،عكاشة عبد العال،المرجع السابق ص 102

في داخل هذه الخصومة وتتابع وتعدد الأعمال الإجرائية والتي يقوم بها عدة أشخاص من أجل الوصول إلى هدف نهائي واحد وهكذا تبدأ الخصومة بمجرد بدء أو عمل فيها وتستمر بتتابع الأعمال المكونة لها وفقا لنظام معين فرضه القانون، أي وفق إجراءات معينة وتكون الخصومة منذ بدأها صحيحة بصحة المطالبة القضائية، وهو أول عمل إجرائي فيها وتتابع سيرها ما دامت الأعمال المكونة لها تتم صحيحة وفقا للنظام القانوني.

إن تتابع هذه السلسلة من الإجراءات داخل الخصومة يميز الفكر الإجرائي على غرار ما هو مقرر بشأن الحقوق الموضوعية بين الحق الإجرائي و الواجب الإجرائي، والحق الإجرائي هو ما يترجم في صورة نشاط أو إعلان إرادي صادر من صاحبه للمطالبة بالحماية القضائية في الشكل المحدد في القانون يون محله العمل الإجرائي، هذا الأخير هو عمل قانوني أي واقعة يرتب عليها القانون آثار قانونية ينفرد هو بترتيبها ولا يميزه بإرادة الخصوم في هذا المجال فكل ما تملكه الإرادة هو القيام بالعمل الإجرائي المكون لهذه الواقعة ولا ترتب آثارها، ويقابل هذه الحقوق الإجرائية واجبات إجرائية تتمثل فيما يفرضه القانون على الخصم من سلوك مثل إيداع مستند أو القيام بإجراء معين[1].

وعلى ضوء ذلك فإن الإنابة القضائية لا تصح إن كان محلها اتخاذ إجراء من الإجراءات هو بمثابة واجب إجرائي على الخصم من ذلك مثلا العبء المفروض عليه باستيفاء شكل معين في الإجراءات.

[1] عكاشة عبد العال المرجع السابق ص 103

خلاصة الفصل الأول

وفي الأخير نخلص إلى أن الإنابة القضائية هي عبارة عن طلب تفوض فيه المحكمة –التي رفع أمامها النزاع وتعذر عليها القيام بإجراءات الإثبات أو التحقيق– محكمة أخرى للقيام في مكانها وفي دائرة اختصاصها بالقيام بإجراء من إجراءات التحقيق و الإثبات.

ويشترط في الإنابة القضائية أن تكون متعلقة بإجراء من إجراءات التحقيق و أن تكون متعلقة بدعوى قائمة ومنظورة أمام المحكمة المنيبة، كما يشترط أن تكون محررة وفقا لقانون الدولة المنيبة. ويجب أن يكون في طلب الإنابة بيان الجهة المنابة وكذا الجهة المنيبة كما يجب بيان أطراف الإنابة وموضوع الإنابة، وكذلك بيان من يتطلب شهادتهم وحتى الأسئلة التي تريد طرحها عليهم.

لا يجوز أن يكون موضوع الإنابة إجراء يقع على عاتق الخصوم القيام به أو أن يكون موضوعها الطلب بتنفيذ حكم صادر لأن ذلك يعد تعدي على سيادة الدولة.

الفصل الثاني: التنظيم الإجرائي للإنابة القضائية الدولية

التنظيم الإجرائي للإنابة القضائية يعني معرفة تنفيذ الإنابة القضائية الدولية سواء في التشريع الداخلي أو في الاتفاقيات الدولية وكذلك آثار تنفيذ الإنابة القضائية (المبحث الأول) وكذا تنازع القوانين في مجال تنفيذ الإنابة القضائية الدولية وتحديد القانون الواجب التطبيق طبقا للاتفاقيات الدولية (المبحث الثاني)

المبحث الأول:تنفيذ أو رفض تنفيذ الإنابة القضائية الدولية

تنفيذ الإنابة القضائية الدولية يعني القيام بالإجراء الذي طلب من المحكمة المنابة القيام بها، وكما رأينا سلفا أن الإنابة القضائية عبارة عن طلب يخضع للسلطة التقديرية للقاضي وبالتالي قد يتم تنفيذ الإنابة القضائية بعدة طرق نصت عليها الاتفاقيات الدولية (المطلب الأول) وقد يتم رفض تنفيذ الإنابة القضائية (المطلب الثاني) .

المطلب الأول:طرق تنفيذ الإنابة القضائية الدولية

إن اللجوء للإنابة القضائية قد يكون تلقائيا من طرف القاضي الذي ينظر النزاع أو قد يكون بطلب من أحد الخصوم في الدعوى، وقبل التطرق إلى طرق التنفيذ لابد من معرفة تنفيذ الإنابة القضائية الدولية (الفرع الأول) وقد يكون التنفيذ إما عن طريق السلطات القضائية (الفرع الثاني) ، أو عن طريق السلطات الدبلوماسية أو القنصلية (الفرع الثالث)، أو عن طريق السلطات المركزية (الفرع الرابع)

الفرع الأول:تنفيذ الإنابة القضائية

يتمثل موضوع الإنابة دائما في القيام بإجراء يرتبط بالدعوى الأصلية حيث حالت بعض الظروف دون قيام المحكمة الأصلية بهذا الإجراء وهكذا يفترض أن تنفيذ الإنابة يتقرر لصالح الدعوى القائمة أمام قضاء الدولة المنيبة وانطلاقا من هذا فإن تنفيذ الإنابة يتقرر في ضوء مجموعة من الأحكام[1]:

1/قد تلجأ الدول في بعض الأحيان إلى استخدام القوة الجبرية لتنفيذ الإنابة الداخلية ولا يختلف الأمر بشأن الإنابة الدولية ولذلك تلتزم الدولة المناب وسائل الجبر المعتادة والمنصوص عليها في قوانينها الداخلية أو بناء على طلب من احد الخصوم وهو ما جاء في المادة10 من اتفاقية لاهاي.

[1] عبد المنعم زمزم، المرجع السابق ص47

2/يحق للدولة المنيبة –بناءا على طلبها- معرفة تاريخ ومكان التنفيذ و إذا تقرر ذلك فإنها تلتزم بإخطار الأطراف حتى يتمكنوا من حضور الإجراء وهو ما جاء في نص المادة 7 من اتفاقية لاهاي.

3/إن أقصى درجات التعاون القضائي المتصورة هو ما قررته اتفاقية لاهاي بالسماح للدولة المنيبة بالمشاركة في تنفيذ الإنابة مع إمكان تعليق هذه المشاركة بالحصول على إذن من السلطات المنابة

وهو ما جاء في المادة8 من اتفاقية لاهاي:

(Tout Etat contractant peut déclarer que des magistrats de l'autorité requérante d'un autre Etat contractant peuvent assister à l'exécution d'une commission rogatoire. Cette mesure peut être soumise à l'autorisation préalable de l'autorité compétence par l'Etat déclarant)

قد برر هذا الاشتراك الحاجة إلى توضيح بعض الأمور التي يعد بيان المقصود بها أمرا لازما لتنفيذ الإنابة القضائية على النحو المطلوب والواقع العملي يشهد إتباع بعض الدول الموقعة على اتفاقية لاهاي لهذا المسلك حيث تسمح للسلطات المنيبة بعد الحصول على إذن مسبق بالاشتراك في التنفيذ ومن أمثلة هذه الدول:ألمانيا، الو.م.أ، ايطاليا، سويسرا، وفرنسا.[1]

4/يجب على الجهة المنابة رد الإنابة-بعد تنفيذها- بنفس الطريقة التي أرسلت بها وهو ما جاء في المادة 1/13 من اتفاقية لاهاي والتي جاء فيها:

(Les pièces constatant l'exécution de la commission rogatoire sont transmises par l'autorité requérante par la même vois que celle utilisée par cette dernière)

وتنفيذ الإنابة القضائية ملزما وأساس إلزامه هو الاتفاقيات الدولية ما لم يكن هنا تعارض مع السيادة والنظام العام، وللقاضي وحسب نظامه القانوني والاتفاقيات الدولية التي وقعتها دولته والمنظمة للانابات القضائية أن يبعث هو

[1] عبد المنعم زمزم، المرجع السابق ص49

نفسه أو عن طريق السلطات الدبلوماسية بطلب الإنابة إلى الجهة التي ستقوم باتخاذ الإجراء أي أن هناك طريقان رئيسيان جاءت بهم معظم الاتفاقيات الدولية[1]

وتجدر الإشارة انه يمكن للقاضي الأجنبي أن يحضر الإنابة طبقا للاتفاقية المبرمة بين الدولة المنابة والدولة المنيبة[2]

الفرع الثاني:السلطات القضائية كطريق لتنفيذ الإنابة القضائية

إن اللجوء للسلطة القضائية Autorité judiciaire في الدولة الأجنبية المطلوب اتخاذ إجراء التحقيق والإثبات فيها هو الطرق الأكثر مع طبيعة الإنابة القضائية فالغرض هو اتخاذ أحد إجراءات التحقيق أو الإثبات والجهة القضائية في الدولة المراد اتخاذ هذا الإجراء فيها هي الأقدر عملا على القيام به وتنفيذه هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى إذا كانت تلك الجهة غير مختصة نوعيا أو محليا باتخاذ الإجراء المنيبة بشأنه يمكنها تحديد الجهة التي يثبت لها الاختصاص.

عالجت الاتفاقية العربية في المادة 7 منها موضوع تنفيذ الإنابة القضائية في الخارج عن طريق السلطة القضائية في البلد المراد اتخاذ الإجراء موضوع الإنابة فيه فالاتفاقية لم تتصد للفرض الذي ترسل فيه الدولة المنيبة الإنابة القضائية لتنفيذها إلى ممثليها القنصليين أو الدبلوماسيين في الخارج غير أن الاتفاقية لم تقفل باب هذا الطريق، فقد أضافت المادة 7:(إذا رغبت الدولة الطالبة في تنفيذ الإنابة بطريقة أخرى، أجيبت رغبتها ما لم يتعارض ذلك مع قوانين الدولة المنفذة)[3].تسود هذه الطريقة وهي إنابة السلطة القضائية في الدولة الأجنبية المراد اتخاذ الإجراء فيها[4].

كما نصت اتفاقية لاهاي صراحة على إمكانية تنفيذ الإنابة القضائية بأحد الطريقين لا يجوز الجمع بينهما وفقا لأحكام القواعد العامة وإنما يتم الاختيار بينهما، أولهما هو التنفيذ عن طريق السلطة القضائية المختصة في الدولة المنابة وهذا ما جاء في المادة8 (للسلطة القضائية في أي من الدول المتعاقدة أن تطلب وفقا لأحكام تشريعها عن طريق الإنابة القضائية إلى السلطة المختصة في دولة متعاقدة أخرى...)

[1] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ص301

[2] نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف الإسكندرية 2000ص64

[3] عكاشة عبد العال الرجع السابق ص221

[4] هشام علي صادق،المرجع السابق ص231

وكذلك اتفاقية الرياض كغيرها ما الاتفاقيات الدولية السالفة الذكر جاءت بهذا الطريق وهو ما نصت عليه في البند أ من المادة 15 على أن (ترسل طلبات الإنابة القضائية في القضايا المدنية والتجارية والإدارية وقضايا الأحوال الشخصية مباشرة من الجهة المختصة لدى الطرف المتعاقد إلى الجهة المطلوب إليها تنفيذ الإنابة لدى أي طرف آخر متعاقد...) وسواء في المواد المدنية أو الجزائية فإن طلبات الإنابة القضائية توجه إلى السلطة القضائية في الدول العربية المطلوب اتخاذ إجراء التحقيق أو الإثبات فيها وهذا هو الغالب في القانون المقارن كذلك وتلك الطريقة في تنفيذ الإنابة القضائية هي الأكثر اتفاقا مع طبيعة الإنابة القضائية.

إن السلطة القضائية في الدولة المرفوعة فيها الدعوى ترسل طلب الإنابة مباشرة إلى الجهة المطلوب إليها تنفيذ الإنابة لدى أي دولة عربية متعاقدة ولا شك في أن هذا الحل يتسم بالبساطة ويحقق السرعة المبتغاة في تنفيذ الإجراء المطلوب اتخاذه، وهذا لا يتحقق في ظل الحلول التي أخذت بها بعض الاتفاقيات الدولية والتي بموجبها ترسل الطلبات الخاصة بالإنابة عن طريق السلطات المركزية في الدولة الطالبة والدولة المنابة حيث تتولى تلك السلطات إبلاغها و إرسالها إلى الجهة القضائية المختصة بتنفيذها.

حتى المشرع الجزائري اتخذ هذا الطريق كطريق لتنفيذ الإنابة القضائية وهو ما جاء في المادة 112 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (يجوز للقاضي تلقائيا أو بطلب من الخصوم أن يطلب اتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق أو أي إجراء قضائي آخر يراه ضروريا في الدولة الأجنبية، بإصدار إنابة إلى السلطة القضائية المختصة للدولة المعنية أو إلى السلطات الدبلوماسية والقنصلية الجزائرية).[1]

إذا كانت معظم الاتفاقيات قد اختارت تنفيذ الإنابة القضائية العهدة بها إلى سلطة القضائية في الدولة المنابة فإن التساؤل يثار حول كيفية إرسال هذه الإنابة؟

حددت الاتفاقية العربية بمقتضى المادة 7 السالفة الذكر أن ترسل الإنابة القضائية من المحكم المنيبة إلى المحكمة المنابة بواسطة وزارة العدل إلى وزارة الخارجية التي تبعث بها إلى ممثلها الدبلوماسي في البلد المناب فيرسلها هذا الأخير بدوره إلى وزارة الخارجية في هذا البلد والتي تحيلها إلى المحكمة المطلوب إليها التنفيذ عن طريق وزارة العدل، واختيار هذا الطريق لإرسال الإنابة هو الطريق العادي المقرر بمقتضى القواعد العامة في القانون الدولي الخاص

[1] فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية ط2 2013 ص63

وميزته أنه يؤكد صدور الإنابة من المحكمة المنيبة ويجعل أمر تنفيذها سهلا إذ يفترض أن تكون السلطات التي قدمتها قد دققت فيها وراقبتها وفقا لشروط الاتفاقية التي تستند إليها.[1]

بينما قررت اتفاقية لاهاي المبرمة في 1 مارس 1954 المتعلقة بشأن المرافعات المدنية تقرر أن طلبات الإنابة القضائية يجب أن ترسل بصفة أصلية عن طريق البعثة القنصلية للدولة الطالبة إلى السلطة التي تحددها الدولة المنابة وعند تنفيذ أو تمام الإجراء محل الإنابة فإن هذه السلطة الأخيرة ترسل إلى البعثة الدبلوماسية للدولة الطالبة المستندات الدالة على تنفيذ الإنابة أو عدم تنفيذها.[2]

وأما في ما يخص المشرع الجزائري وطبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد حدد كيفية إرسال الإنابة القضائية في المواد 113 و 114 حيث جاء في المادة 113(يرسل أمين ضبط الجهة القضائية المنيبة إلى النائب العام نسخة من الحكم القاضي بإجراء الإنابة القضائية مصحوبة بترجمة رسمية يتكفل بها الخصوم) أي أنه يقوم أمين الضبط بإرسال الحكم القاضي بالإنابة إلى النائب العام مصحوبة بترجمة رسمية. ثم يقوم النائب العام بإرسال الإنابة إلى وزير العدل حافظ الأختام قصد القيام بإرسالها وهو ما جاء في المادة 114من ق.إ.م.إ[3]و التي تنص على(يقوم النائب العام بإرسال الإنابة القضائية حالا إلى وزير العدل حافظ الأختام قصد إرسالها ما لم توجد اتفاقية قضائية تسمح بإرسالها مباشرة إلى السلطة الأجنبية). أما فيما يخص الإنابة القضائية الدولية الواردة للجزائر فقد نص المشرع في المادة 115 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على(يرسل وزير العدل حافظ الأختام الإنابة القضائية الواردة إليه من دول أجنبية إلى النائب العام لدى المجلس القضائي المختص إقليميا بتنفيذها) أي ان الإنابة القضائية الواردة من دولة أجنبية منيبة يتم إرسالها إلى وزير العدل حيث يقوم هذا الأخير بإرسالها إلى النائب العام المجلس القضائي المختص إقليميا وطبقا للمادة 116 ق.إ.م.إ (يرسل النائب العام في الحال الإنابة القضائية للتنفيذ إلى الجهة القضائية المختصة) أي أن فور تلقي النائب العام لدى المجلس المختص إقليميا، الإنابة القضائية يقوم بإرسالها إلى الجهة القضائية المختصة محليا ونوعيا[4].

الفرع الثالث:السلطات الدبلوماسية أو القنصلية كطريق لتنفيذ الإنابة القضائية

[1] عكاشة عد العال المرجع السابق ص221

[2] أحمد عبد الكريم سلامة،فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق ص554

[3] عبد الله مسعودي،المواعيد القانونية المدنية والجزائية،دار هومة2013ص13

[4] طاهري حسين،إجراءات مدنية وتجارية موجزة جزء1، دار الخلدونية 2012ص54

قد يكون الشخص المراد إجراء التحقيق معه أو سماع شهادته من مواطني الدولة المرفوع أمام محاكمها الدعوى ولكن متواجد على إقليم دولة أخرى وهنا قد تكلف السلطة القضائية البعثة الدبلوماسية أو القنصلية لدولة القاضي لدى هذه الأخيرة القيام بإجراء التحقيق أو الإثبات اللازم وعادة يقوم بهذه المهمة الممثلون القنصليين.[1] وهو ما تؤكده اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لعام 1963 والتي نصت في المادة 5/ى (تشمل الوظائف القنصلية :تسليم الأوراق القضائية وغير القضائية، والقيام بالانابات القضائية وفقا للاتفاقيات الدولية القائمة وفي حالة عدم وجود مثل تلك الاتفاقيات بأية طريقة تتماشى مع قوانين ولوائح دولة المقر).

ولقد نصت المادة 15 من اتفاقية لاهاي على إتباع هذا الطريق الثاني من أجل تحقيق الإنابة القضائية فنصت بأنه (ليس نصوص المعاهدة ما يحول دون أن تقوم كل دولة متعاقدة بتنفيذ الإنابة القضائية مباشرة عن طريق ممثليها الدبلوماسيين أو القنصليين، إذا كانت الاتفاقيات المبرمة بين الدول المعنية تقبل مثل ذلك الأمر أو كانت الدولة المطلوب أداء الإنابة القضائية على إقليمها لا تعارضه).

كما أن اتفاقية الرياض العربية لعام 1983 نصت كذلك على هذا الطريق لتنفيذ الإنابة القضائية وجاءت في المادة 15/أ في فقرتها الثانية(لا يحول ما تقدم دون السماح لكل من الأطراف المتعاقدة بسماع شهادة مواطنيها في القضايا المشار إليها آنفا، مباشرة عن طريق ممثليها الدبلوماسيين أو القنصليين وفي حالة الخلاف حول جنسية الشخص المراد سماعه يتم تحديدها وفقا لقانون الطرف المتعاقد المطلوب الإنابة القضائية لديه) وما يلاحظ في هذا النص أنه يتكلم فقط عن سماع شهادة الشهود غير أن هذا تضييق في مجال الإنابة القضائية و الواجب امتداد نطاقها إلى الإجراءات الأخرى التي تبدوا ضرورية لدى الدولة الطالبة طالما لا يتعارض ذلك مع قوانين الدولة التي ستنفذ الإنابة القضائية على إقليمها.

وعلى أي حال فإنه يجب أن يقوم الممثل الدبلوماسي أو القنصلي بتلك الإنابة في حدود اللوائح والأنظمة السارية في الدولة المعتمد لديها وفي نطاق اختصاصه الوظيفي والإقليمي في هذه الأخيرة. وعلى حسب ما جاء في اتفاقية لاهاي وفي المادة التاسعة فيتم إرسال الإنابة القضائية عن طريق قيام القنصل في الدولة الطالبة بتبليغ طلب الإنابة إلى الجهة التي تعينها الدولة المطلوب إليها التنفيذ سواء كانت وزارة العدل فيها أم غيرها وترسل هذه الجهة الأخيرة إلى القنصل الأوراق الدالة على تنفيذ الإنابة القضائية وفي حالة الرد السلبي المتمثل في عدم قدرتها على تنفيذ

[1] أحمد عبد الكريم سلامة،اتفاقية الرياض العربية،المرجع السابق ص75

الإنابة يكون عليها ذكر الواقعة أو الوقائع التي حالت دون التنفيذ ومن الجدير الإشارة إلى ما قررته الاتفاقية من أن جميع الصعوبات التي قد تنشأ بمناسبة تبليغ الإنابة القضائية تسوى بالطرق الدبلوماسية.[1]

إن تبادل الانابات يتقرر كأصل عام بين دولتين متعاقدتين من الدول الأعضاء (المنيبة والمنابة) لذلك تطلب الأمر تقرير آليات لازمة للتبادل وقد تم تحديد ذلك في اتفاقية لاهاي لسنتي 1950 و1954 وفقا لنص المادة التاسعة السالفة الذكر، ويستهدف تبادل الانابات وفقا لهذا المنهج بعض الملاحظات:

1/نقل الإنابة بواسطة قنصل يتطلب أولا قيام هذا الأخير بتحديد الجهة المختصة بتنفيذ الإنابة ثم تسليمها إليها وربما يجهل القنصل الأحكام التي تقضي بها القوانين الداخلية لدولة التنفيذ ومن ثم لا يمكنه تحديد الجهة المختصة أو يقوم بتحديدها على نحو غير صحيح فيتم تسليم الإنابة لجهة غير مختصة وهو ما قد يرتب عليه في جميع الأحوال إطالة المدة المقررة للتنفيذ بشكل يضر بالخصوم.

2/لا شك في أن إتباع هذا الطريق سيؤدي إلى مزيد من المراحل الإجرائية لمجرد تبادل الانابات، حيث تتمثل هذه المراحل في مخاطبة الجهة المنيبة لوزارة الخارجية في دولتها لتقوم هذه الأخيرة بنقل الإنابة إلى وزارة الخارجية في الدولة الأجنبية التي تقوم بتسليمها للسلطة القضائية في دولتها والتي تقوم بدورها بإحالة الإنابة إلى الجهة المختصة بتنفيذها. هذا على غرار الوقت اللازم للتنفيذ وكذا الوقت اللازم للرد.

3/إذا كان الاتصال المباشر بين السلطات المعنية هو الطريق الأمثل والأسرع لتبادل الانابات فإن الاتفاقية لم تقرره إلا باتفاق صريح بين الدول الأطراف حيث لا تكفي صياغة المادة التاسعة لتقرير هذه الوسيلة على نحو تلقائي وإنما يجب أن تتفق الدولتان على إمكانية تبادل الإنابة القضائية بطريقة مباشرة بين سلطاتها المختصة.[2]

الفرع الرابع:السلطة المركزية كطريق لتنفيذ الإنابة القضائية

هذا الطريق لتنفيذ الإنابة القضائية جاءت به اتفاقية لاهاي لسنة 1970. إدراكا للعيوب السالفة الذكر جاءت اتفاقية لاهاي منتهجة أسلوب آخر يختلف جذريا عن ما كان في الاتفاقيتين السابقتين حيث جاء في مادتها الثانية[1]:

[1] عبد المنعم زمزم، المرجع السابق ص 36

[2] عبد المنعم زمزم المرجع نفسه ص 38

((Chaque Etat contractant désigne une Autorité centrale qui assume la charge de recevoir les commissions rogatoires émanant d'une autorité judiciaire d'une autre Etat contractant et de les transmettre à l'autorité compétence aux fins d'exécution. L'autorité centrale est organisée selon les modalités prévues par l'Etat requis. Les commissions rogatoires sont transmises à l'autorité centrale de l'Etat requis sans intervention d'une autre autorité de cet Etat))

أي يتعين على كل دولة متعاقدة أن تحدد سلطة مركزية تكون مهمتها استقبال طلبات الإنابة المرسلة من الهيئات القضائية الأجنبية ثم تقوم بتسليمها إلى السلطات المختصة من أجل تنفيذها ويعود إلى قانون دولة التنفيذ مهمة تنظيم الأوضاع المتعلقة بالسلطة المركزية ويجب نقل الانابات القضائية للسلطة المركزية دون أي تدخل من أي سلطة أخرى في دولة التنفيذ.

يعد هذا الحكم الذي جاءت به اتفاقية لاهاي لسنة 1970 لتفادي الصعوبات التي تواجه أعضاء البعثات الدبلوماسية والقنصلية عند تحديد الجهات المختصة بتنفيذ الإنابة وكذلك الحرص لتفادي العيوب الناشئة عن إطالة مدة الإنابة نتيجة لتبادلها بين جهات متعددة فلا شك أن تعين هيئات مركزية مهمتها استلام طلبات الإنابة وتسليمها للجهات المختصة سيؤدي إلى اختصار بعض المراحل الإجرائية في تبادل الإنابة كما أنه سيحقق من ناحية أخرى ميزة كبرى لا يمكن إنكارها إذ يغلب أن ينتمي أعضاء الهيئة المركزية إلى السلطة القضائية وهو ما يمكنهم من تحديد الجهات المختصة بتنفيذ الإنابة.

بالمقابل ترك النص السابق للدول الأعضاء مهمة تنظيم الأوضاع الداخلية للسلطة المركزية وتطبيقا لذلك ذهبت معظم الدول مثل فرنسا[2] ورومانيا إلى تعين وزارة العدل كسلطة مركزية في حين ذهب عدد غير قليل من الدول مثل الأرجنتين وإيطاليا إلى تعيين وزارة الخارجية كسلطة مركزية[3]، والأضبط من وجهة نظر العديد من الفقهاء هو

[1] عبد المنعم زمزم،المرجع السابق ص 38

[2] تقرر ذلك بمقتضى المرسوم رقم75-250 في أفريل1975،عبد المنعم زمزم المرجع السابق ص 39

[3] Fongaro,la loi applicableà la preuve en droit internationale privé, عبد المنعم زمزم، المرجع السابق ص40

تعيين وزارة العدل وليس وزارة الخارجية فلا شك أن نظام الإنابة القضائية من بدايته إلى نهايته نظام قانوني قضائي غايته تقرير التعاون بين الدول وصولا لهدف واحد وهو كفالة سير العدالة

وهكذا تتجسد اختصاصات السلطة المركزية فيما يلي:

1/استقبال طلبات الإنابة القضائية القادمة من الدول الأجنبية

2/تحديد الجهات المختصة بتنفيذ الإنابة.

3/إحالة الإنابة إلى الجهة المختصة.

والجدير بالذكر أن السلطة المركزية تباشر هذه الاختصاصات وفقا لنص المادة 2/2 بطريقة حصرية حيث تثبت لها ممارسة هذه الوظائف على سبيل القصر دون مشاركة من أية سلطة أخرى وبذلك يكون النص قد قطع أي خلاف قد يثور بشأن حق وزارة الخارجية في حالة عدم تعيينها كسلطة مركزية في استقبال طلبات الإنابة المرسلة من الدول الأجنبية حيث لا يحق لها القيام بأي دور في هذا الصدد.

يثور تساؤل من حيث المبدأ من يتولى إرسال الإنابة إلى السلطة المركزية الوطنية أم الجهة المنيبة التي تنظر الدعوى الأصلية؟

ذهب رأي إلى أن الدول حرة في هذا المجال بحيث يعود لكل دولة مهمة تنظيم الأوضاع المتعلقة بالسلطة المركزية بيد أن التأمل في نص المادة 2 ((يتعين على كل دولة متعاقدة أن تحدد سلطة مركزية تكون مهمتها استقبال طلبات الإنابة القضائية المرسلة من الهيئات القضائية الأجنبية ثم تقوم بتسليمها إلى الجهات المختصة من أجل تنفيذها..)) يوحى بأن مهام السلطة المركزية تنحصر وفقا لهذا النص في استقبال طلبات الإنابة دون التدخل من أي سلطة أخرى وتحديد الجهة المختصة بالتنفيذ ثم إحالتها إليها.

إن العلة من إنشاء سلطة المركزية في مفهوم اتفاقية لاهاي لعام 1970 هو التوفير على الدول الأعضاء عناء البحث عن الجهة المختصة بتنفيذ الإنابة إذ رأى واضعو الاتفاقية أنه من الأحسن إنشاء سلطة مركزية تكون مهمتها استقبال الانابات الأجنبية وتوزيعها على الجهات المختصة بتنفيذ الإنابة ولا شك أن هذا تفسير لدور

السلطة المركزية والاعتراف بالاتصال المباشر بين الجهة المنيبة والجهة المنابة سيترتب عليه اختصار العديد من المراحل الإجرائية.[1]

المطلب الثاني: عدم تنفيذ الإنابة القضائية

على اعتبار أن الإنابة القضائية الدولية هي عبارة عن طلب فقد يتم وطبقا لاتفاقية لاهاي الامتناع ورفض تنفيذ الإنابة القضائية الدولية (الفرع الأول) وقد يكون طبقا لاتفاقية الرياض العربية عدم الاختصاص ورفض التنفيذ (الفرع الثالث) إلا أنه ومتى تم تنفيذ الإنابة القضائية فتكون هناك مصاريف أو نفقات (الفرع الثالث) و هي ترتب آثار على ذلك أيضا (الفرع الرابع)

الفرع الأول:الامتناع ورفض تنفيذ الإنابة القضائية

أرجعت اتفاقية لاهاي حالات عدم تنفيذ الإنابة القضائية إلى طائفتين من الأسباب الأولى هي الامتناع عن التنفيذ (أولا) أما الثانية فهي رفض التنفيذ (ثانيا)

أولا:الامتناع عن تنفيذ الإنابة القضائية

يحق للسلطات المنابة الامتناع عن تنفيذ الإنابة القضائية إذا كان الشخص موضوع الإنابة معفى من القيام بهذا الإجراء سواء وفقا لقانون الدولة المنابة أو وفقا لقانون الدولة المنيبة[2]، ويعد هذا الحكم محاولة صريحة للتوفيق بين أحكام القانونين الذين يتنازعان في الإنابة من حيث الموضوع فكما قامت الاتفاقية في التوفيق بينهما من حيث الشكل فهي تحاول التوفيق من حيث الموضوع حيث تقرر وفقا لمذهب التطبيق الجامع أو المشترك الامتناع عن تنفيذ الإنابة إذا كان الشخص المراد تنفيذ إجراء التحقيق في مواجهته معفى من القيام بهذا الإجراء وفقا لقانوني الدولة المنيبة والمنابة معا.

[1] عبد المنعم زمزم،المرجع السابقص 42

[2] أنظر المادة1/11 من اتفاقية لاهاي، عبد المنعم زمزم، مرجع سابق ص 52

يتأسس الامتناع عن تنفيذ الإنابة في هاتين الحالتين على الأحكام القانونية التي لا تقر إجراء إنابة من حيث المبدأ فليس معقولا أن توافق الدولة على القيام بهذا الإجراء في مواجهة أشخاص يتمتعون بإعفاء قانوني وفقا لقوانينها.

ثانـــيا:رفض تنفيذ الإنابة القضائية

تتعطل أحكام القانون الدولي الخاص دائما لمصلحة الدفع بالنظام العام الذي يؤدي دوره في إطار النظرية العامة لتنازع القوانين حفاظا على المبادئ الأساسية في الدولة فهذه الأخير لم تقبل أن تكون عضوا في الجماعة الدولية وتسمح بتطبيق القوانين الأجنبية مقابل التنازل عن مبادئها الأساسية.

والنظام العام هو مجموعة القواعد والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع وهي تختلف من زمان إلى زمان ومن مكان إلى مكان[1]

وعادة ما تحرص كل دولة على تحديد مسائل معينة تعتبرها بمثابة حالات اختصاص قاصر انفرادي لنظامها القانوني لتخرجها بذلك من نطاق القانون الدولي الخاص لتخضع على سبيل القصر إلى قوانينها الداخلية، نصت المادة 12 من اتفاقية لاهاي المبرمة في 18 مارس 1970 أنه لا يمكن رفض تنفيذ الإنابة إلا في حالتين، حالة ما إذا كان تنفيذ الإنابة لا يدخل في مجال ولاية الدولة المنابة، وحال ما إذا كان التنفيذ ينطوي على انتهاك للسيادة أو يخالف اعتبارات أمنية. الحالة الأولى لا تحتاج إلى وضع النص حيث أنه ومن البديهي لا يوجد ما يلزم أية محكمة بالقيام بإجراء لا يدخل في مجال ولايتها بل إنها إذا قامت بذلك عدت منتهكة للقوانين.[2]

الفرع الثاني:عدم الاختصاص ورفض تنفيذ الإنابة القضائية

إذا كانت اتفاقية الرياض العربية قد قررت إمكانية الانابات القضائية فيما بين الدول الأطراف فيها، إلا أن ذلك لا يعني بالضرورة تنفيذ طلبات الإنابة في كل الحالات.

[1] François Mélin.droit internationale privé.Casbah editions.Alger2004 p153

[2] عبد المنعم زمزم،المرجع السابق ص54

فمن ناحية قد يكون سبب عدم تنفيذ الإنابة هو عدم اختصاص الجهة التي وجه إليها الطلب وفي هذا تنص المادة 15/أ من الاتفاقية على أنه:(إذا تبين عدم اختصاصها –الجهة المطلوب إليها التنفيذ– تحيل الطلب من تلقاء نفسها إلى الجهة المختصة وإذا تعذر عليها ذلك تحيلها إلى وزارة العدل وتخطر فورا الجهة الطالبة بما تم).[1]

ومن ناحية أخرى قد يوجد سبب بموجبه تقرر الدولة المنابة رفض تنفيذ الطلب، وإذا كانت اتفاقية الرياض (م17) قد قررت أنه تلتزم الجهات المطلوب إليها بتنفيذ الإنابة القضائية التي ترد إليها وفقا لأحكامها إلا أنها أجازت رفض طلب الإنابة في حالات هي:

1/إذا كان هذا التنفيذ لا يدخل في اختصاص الهيئة القضائية لدى الطرف المطلوب إليه التنفيذ وهو ما جاء في نص المادة 17/أ والمقصود بعد الاختصاص هنا هو عدم الولاية العامة أو خروج المسألة محل الإنابة من الاختصاص العام لمختلف الجهات القضائية في الدولة المنابة أي أن الأمر لا يتعلق بمجرد عدم الاختصاص الجهة القضائية المطلوب منها القيام بالإجراء محل الإنابة، مع انعقاد الاختصاص لجهة أخرى داخل نفس الدولة، وإلا كان الأمر يتعلق بحالة عدم الاختصاص التي أشارت لها المادة 15/أ المذكورة آنفا.

2/إذا كان من شأن التنفيذ المساس بسيادة الطرف المتعاقد المطلوب منه القيام بالإجراء محل الإنابة أو بالنظام وهو ما جاء في المادة 17 فقرة ب، غير أنه لا يجب المغالاة في فكرة المساس بالسيادة أو بمخالفة النظام والعام حتى لا تتعطل الاتفاقية من تحقيق أهدافها المبتغاة والتي جعلتها تبرم الاتفاقية.

3/إذا كان الطلب متعلق بجريمة يعتبرها الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ جريمة ذات صبغة سياسية وهو ما جاء في نفس المادة فقرة ج، وهذا الحكم يتماشى مع مبدأ عدم جواز التسليم في الجرائم السياسية، الذي يقره القانون الدولي العام، وتعترف به أيضا الاتفاقية في المادة 41/أ.[2]

في حالة رفض أو تعذر تنفيذ الإنابة تقوم الجهة المطلوب إليها التنفيذ بإخطار الجهة الطالبة فورا مع إعادة الأوراق والمستندات وبيان الأسباب التي دعت إلى الرفض وتعذر تنفيذ الطلب وهو حكم متعارف عليه ومنصوص في المادة 17/2.[3] وحالات رفض التنفيذ المذكورة آنفا هي حالات وردت على سبيل الحصر لا المثال وذلك تماشيا

[1] أحمد عبد الكريم سلامة،اتفاقية الرياض،المرجع السابق ص78

[2] أحمد عبد الكريم سلامة،فقه المرافعات،المرجع السابق ص569

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية،المرجع السابق ص569

مع روح الاتفاقية والحرص على توثيق علاقات التعاون والعمل على دعمها وتنميتها فيما بين الدول العربية. وهو كذلك ما نصت عليه المادة 13 من اتفاقية المساعدة المتبادلة والتعاون القانوني والقضائي بين الجزائر وتونس والمصادق عليها بموجب المرسوم 63 – 450 المؤرخ في 14 نوفمبر 1963.

وهو أيضا ما جاءت به اتفاقية الجزائر واتحاد المغرب العربي المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي 94 – 181 في 27 جويلية 1994، في المادة 22 والتي جاء فيها:((يجوز للجهة المطلوب إليها تنفيذ إنابة قضائية أن ترفض تنفيذها في الحالات التالية:

1_إذا كان هذا التنفيذ لا يدخل في اختصاص الهيئة القضائية لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ.

2_إذا كان من شأن التنفيذ المساس بسيادة الطرف المتعاقد المطلوب إليه ذلك،أو بالنظام العام فيه أو بسلامته.

3_أذا كان الطلب متعلقا بجريمة يعتبرها الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ جريمة ذات صبغة سياسية....))

الفرع الثالث:نفقات تنفيذ الإنابة القضائية الدولية

تنص المادة 7 الفقرة د من الاتفاقية العربية على أنه :((تتحمل الدولة المطلوب إليها تنفيذ الإنابة رسومها ما عدا أتعاب الخبراء، فعلى الدولة الطالبة أداؤها ويرسل بها بيان مع ملف الإنابة. على أن للدولة المطلوب إليها تنفيذ الإنابة أن تتقاضى لحسابها ووفقا لقوانينها الرسوم المقررة على الأوراق التي تقدم أثناء تنفيذ الإنابة)).

و تنص المادة 9 منها:(لا يجوز مطالبة رعايا الدولة الطالبة الإجراء القضائي في بلد الجامعة بتقديم رسم أو أمانة أو كفالة لا يلزم بها رعايا هذا البلد.كذلك لا يجوز حرمانهم مما يتمتع به هؤلاء من حق في المساعدة القضائية أو الإعفاء من الرسوم القضائية).

وبمقتضى المادة 16 من اتفاقية لاهاي:((لا يجوز أن يترتب على تنفيذ الانابات القضائية رد أية رسوم أو نفقات أيا كان نوعها. ولكنه يحق متى لم يكن ثمة اتفاق على خلاف ذلك للدولة المطلوب إليها التنفيذ مطالبة الدولة الطالبة برد التعويضات التي تدفع للشهود أو الخبراء وكذا مصروفات المحضرين الذين قد يستعان بهم في حالة عدم حضور الشهود بمحض إرادتهم أو المصاريف المترتبة على الفقرة الثانية من المادة 14 إن لزم تطبيقها))

وبمقتضى المادة 21 من اتفاقية الرياض العربية:((لا يرتب تنفيذ الإنابة القضائية، الحق في اقتضاء أية رسوم أو مصروفات فيما عدا أتعاب الخبراء، إن كان لها مقتضى، ونفقات الشهود التي يلتزم الطالب بأدائها، ويرسل بها بيان مع ملف الإنابة.

وللطرف المتعاقد المطلوب إليه تنفيذ الإنابة القضائية أن يتقاضى لحسابه ووفقا لقوانينه الرسوم المقررة على الأوراق التي تقدم أثناء تنفيذ الإنابة)).

وبمقتضى المادة 31 من البروتوكول القضائي بين الجزائر وفرنسا المعدل والمتمم بموجب الأمر 65-194المؤرخ في 29 جويلية 1965:((لا يترتب على تنفيذ الانابات القضائية سداد أية نفقة باستثناء أتعاب الخبراء))

وطبقا للمادة 124 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

((تنفذ الانابات القضائية دون دفع مصاريف أو رسوم

غير أن المبالغ المستحقة للشهود والخبراء والمترجمين ولأي شخص ساهم في انجاز الإنابة القضائية يكون على عاتق السلطة الأجنبية دون الإخلال بما تنص عليه الاتفاقيات الدولية)).

والذي يظهر من هذه النصوص أن الأصل أن يتم تنفيذ الإنابة على عاتق ومسؤولية السلطة المنابة فتتحمل هي وحدها نفقاتها دون أن ترجع على السلطة المنيبة بالرسوم والمصاريف التي يتطلبها هذا التنفيذ. غير أن معظم الاتفاقيات وحتى التشريع الجزائري يقدر أن ثمة بعض النفقات الخاصة التي يجوز للسلطة المنابة أن تطالب السلطة المنيبة بدفعها من ذلك أتعاب الخبراء، كما تشمل الرسوم التي يوجب قانون البلد المناب استيفاؤها على المستندات و الأوراق التي تقد أثناء الإنابة وتكون هذه الرسوم واجبة الدفع إلا إذا كان اتفاق على غير ذلك.[1]

الجدير بالذكر أن اتفاقية لاهاي جاءت بحكمين لم تتطرق لهم الاتفاقية العربية ولا اتفاقية الرياض وهما:

1/ليس للدولة المنابة أن تستوفي من رعايا الدولة المنيبة أي رسوم أو كفالة أو تأمين عن الإجراء المطلوب تنفيذه لا يكون رعاياها خاضعين له أي أنه يجب معاملة رعايا البلد المنيب نفس معاملة رعايا البلد المناب في هذا الشأن.

[1] عكاشة عبد العال،المرجع السابق ص230

2/يكون لرعايا البلد المنيب حق طلب المساعدة القضائية و الإعفاء من الرسوم في البلد المناب في تنفيذ الإجراء موضوع الإنابة عندما يستلزم التنفيذ دفع بعض الرسوم أو النفقات من ذوي المصلحة.

الفرع الرابع:آثار تنفيذ الإنابة القضائية الدولية

يستلزم تحريك الإنابة القضائية تقديم طلب باتخاذ إجراء قضائي معين من قبل السلطة المنيبة لإلى السلطة المنابة، ولما كان الغرض من الإنابة هو الوصول إلى الأدلة المقصود الحصول عليها من السلطة المنية فالسؤال الذي يطرح هل تكون لها نفس القيمة والأثر كما لو تمت في إقليم الدولة المنية مهما كان نوع الإجراء أو الشكل المطلوب اتخاذه أم تختلف؟ [1] فهنا ميزنا بين الأدلة بوصفها قطعية (1) والأدلة بوصفها تقديرية (2)

1/الأدلة بوصفها قطعية:

في هذا ظهر فرضان الأول إذا لم تطلب السلطة القضائية المنيبة اتخاذ الإجراء القضائي من قبل السلطة المنابة بشكل معين فإذا كانت تريد الحصول على إقرار أو حلف اليمين أو التأكد من الدليل الكتابي، فهنا للدليل المتحصل عليه عن طريق الإنابة القضائية نفس القيمة القانونية فبما إذا اتخذ أمام السلطة القضائية المنيبة وفي هذا المعنى أشارت إليه المادة 20 من اتفاقية الرياض العربية والتي نصت على: ((يكون للإجراء الذي يتم بطريق الإنابة القضائية وفقا لأحكام هذه الاتفاقية الأثر القانوني ذاته كما لو تم أمام الجهة المختصة لدى الطرف المتعاقد الطالب)).

والفرض الثاني إذا طلبت الجهة القضائية المنيبة اتخاذ الإجراء القضائي بشكل معين فإن الأدلة المتحصلة عليها كذلك تكون لها نفس الحجية فمثلا لو طلبت السلطة القضائية المنيبة والمتمثلة في محكمة الجزائر من السلطة القضائية المنابة والمتمثلة في محكمة باريس تحليف الخصم وأجابت محكمة باريس الطلب فأن الأدلة ستستعمل على أنها ملزمة ومنتجة في الدعوى هذا يعني أيا كان نوع الإجراء القضائي المطلوب اتخاذه وهذا المعنى أشارت له المادة 18 من اتفاقية الرياض العربية بقولها:((يتم تنفيذ الإنابة القضائية وفقا للإجراءات القانونية المعمول بها في قوانين الطرف المتعاقد المطلوب إليه ذلك.

[1] عبد الرسول عبد الرضا جابر،المرجع السابق ص88

وفي حالة رغبة الطرف المتعاقد الطالب –بناء على طلب صريح منه– في تنفيذ الإنابة القضائية وفق شكل خاص، يتعين على الطرف المتعاقد المطلوب إليه ذلك إجابة رغبته ما لم يتعارض ذلك مع قانونه أو أنظمته. [1]

ويجب إذا أبدت الجهة الطالبة رغبتها –صراحة– إخطارها في وقت مناسب بمكان وتاريخ تنفيذ الإنابة القضائية حتى يتسنى للأطراف المعنية أو وكلائهم حضور التنفيذ، وذلك وفقا للحدود المسموح بها في قانون الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ)).

2/الأدلة بوصفها تقديرية:

ويقصد بها الأدلة التي يكون تقدير صحتها يخضع للسلطة التقديرية للقاضي كالخبرة أو شهادة الشهود فهل تكن لها نفس القيمة القانونية أم تختلف؟ في هذا كذلك ظهر اتجاهان الأول يفرق بين الأدلة القطعية و التقديرية فإذا كانت الأدلة قطعية كتأكد من صحة وثيقة أو حلف فإنها تعتبر أدلة قطعية وملزمة ومنتجة في الدعوى ولها نفس القيمة، أما إذا الأدلة التقديرية فهي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي إما أن يقبلها أو يرفضها.

أما الاتجاه الثاني فهو لا يفرق بين الأدلة المتخذة عن طري الإنابة القضائية وتعامل معاملة واحدة لاعتبارين الأول هو احترام السيادة الإقليمية لكل دولة فالاختصاص القضائي مظهر من مظاهر السيادة، والثاني هو أن تحقيق العدالة هو هدف القضاء وبالتالي يتعين على القاضي التأكد من صحة الأدلة سواء كان مصدرها وطني أم دولي.[2]

[1] عبد الرسول عبد الرضا جابر،المرجع السابق ص89

[2] عبد الرسول عبد الرضا جابر،المرجع السابق ص 89

المبحث الثاني:تنازع القوانين في مجال تنفيذ الإنابة القضائية الدولية

تنازع القوانين يعني وجود أكثر من قانون يحكم الإنابة القضائية الدولية على اعتبار أنها تتم بين دولتين مختلفتين،و الإنابة موضوعها كما رأينا اتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق أو الإثبات، ويعد الإثبات في المجال الدولي ذو طبيعة مختلطة أي أنه يتضمن شق إجرائي يكون من اختصاص أصيل لقانون القاضي وشق موضوعي يكون من اختصاص القانون المختص بحكم النزاع ولذلك قمنا بالتفرقة بينها (المطلب الأول)ومنه إلى معرفة القانون الواجب التطبيق (المطلب الثاني)

المطلب الأول:التفرقة بين المسائل الموضوعية والإجرائية وخضوع الإجراءات لقانون القاضي

رأينا فيما سبق أن الإنابة القضائية هي طلب أو تفويض من المحكمة المنيبة إلى المحكمة المنابة من أجل القيام بإجراء من إجراءات التحقيق أو الإثبات، وتبدوا مادة الإثبات في الوهلة الأولى مرتبطة بكاملها بالإجراء فالمطلوب بمعزل عن الحق، كسب قناعة القاضي حول صحة بعض الوقائع[1].ولذلك ارتأينا أولا التفرقة بين المسائل الموضوعية والمسائل الإجرائية (الفرع الأول) ومنه إلى أساس خضوع الإجراءات لقانون القاضي(الفرع الثاني)

الفرع الأول:التفرقة بين المسائل الموضوعية والإجرائية

إذا كانت مسائل الإجراءات تدخل في اختصاص قانون القاضي[2] بينما تخضع المسائل الموضوعية لقانون مختلف حسب ما تشير به قاعدة الإسناد في قانون القاضي فيلزم إذا وضع حد فاصل بين المسألتين وهو ما حاول الفقه حله عن طريق إمكانية وضع معيار لذلك (أولا) . ومن المتفق عليه فقهيا أن مسألة تحديد طبيعة المسألة محل النزاع ومدى اعتبارها من مسائل الموضوع أم الإجراءات، هي مسألة تخضع للتكييف الإجرائي (ثانيا)

أولا:إمكانية وضع معيار للتفرقة بين المسائل الإجرائية والموضوعية

[1] بيار ماير،فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص،ترجمة د.علي محمود مقلد،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ط1 2008 ص461

[2] أنظر بوجه عام د.عنايت ثابت،خضوع مسائل الإجراءات لقانون القاضي،القاهرة،دار النهضة العربية،1988،أحمد عبد الكريم سلامة فقه المرافعات المدنية الدولية،دار النهضة العربية ط1،القاهرة 2000،ص414

في هذا ظهر رأيان من الفقه، الأول ينادى بصعوبة وضع معيار محدد للتفرقة (1) وبين من نادى بإمكانية وضع معيار للتفرقة (2)

1/صعوبة وضع معيار محدد للتفرقة

ينطلق أنصار هذا الإتجاه من مقدمة أن التكييف الإجرائي، هو أمر هام ويخضع بالضرورة إلى قانون المحكمة المعروض عليها النزاع، إلا أن المسألة تبقى معقدة بالنسبة لهم فيما يتعلق بالمعيار الذي يمكن للقاضي أن يستعمله في عملية التكييف، حيث يجب أن تتم عملية التفرقة وفقا لكل حالة على حده مع مراعاة الهدف الذي من أجله تتم عملية التكييف، وذلك عن طريق تحليل عملي للمسألة المعروضة على القاضي من أجل بناء عقيدة واقتناع المحكمة [1].

2/إمكانية وضع أساس محدد للتفرقة

بالنسبة لإمكانية وضع أساس للتفرقة بين الإجراءات والموضوع فهناك آراء فقهية وضعت معيارين الأول وهو المعيار الغائي ، الثاني وهو المعيار الاصطلاحي

المعيار الغائي وفقا له فإن أساس التفرقة بين الإجراءات و الموضوع يستمد من الغاية من القاعدة القانونية فإذا كانت هذه الغاية هي تنظيم وحسن سير جهاز القضاء فإن القاعدة تتعلق بالإجراءات وينطبق عليها قانون القاضي.

أما المعيار الاصطلاحي وهو معيار دقيق مانع جامع للفصل بين ما يدخل في الإجراءات وما يخرج عنها، ويستند هذا المعيار على تعريف كل من المصطلحين المعنيين اصطلاح قواعد الإجراءات واصطلاح القواعد الموضوعية[2]

ثانيا:وظيفة التكييف الإجرائي

[1]- حفيظة السيد الحداد ، ص 236 ، وما بعدها.

[2] حفيظة السيد الحداد،المرجع السابق ص238

عرفنا فيما سبق أن التفرقة بين ما هو إجرائي وما هو موضوعي يتم وفق معايير حسب ما تم ذكره ولكن السؤال الذي يطرح نفسه كيف تتم عملية التفرقة؟ هذه التفرقة تجد جوهرها في عملية التكييف وهو يختص بها القاضي المطروح أمامه النزاع، لأن تحديد الوصف القانوني الذي تتخذه مسألة معينة يتوقف عليه تحديد القانون الواجب التطبيق.

حسب نص المادة 9 من القانون المدني فإن عملية التكييف المرجع فيها هو قانون القاضي[1] الجزائري وهذه المادة أشارت للتكيف المعمول به في إطار تنازع القوانين فهل التكييف الإجرائي يتمن بنفس المنهجية؟ أو أن القاضي يتبع في ذلك منهج آخر؟.

التكييف الإجرائي يتمتع بخصوصية هامة فإذا كان التكييف في إطار تنازع القوانين يهتم في الغالب على الواقعة موضوع النزاع وذلك من أجل تصنيفها ضمن فئة من الفئات المسندة والتي خصص لها المشرع قواعد إسناد تشير إلى القانون الواجب التطبيق عليها، غير أن التكييف في مسألة الفصل بين ما هو إجرائي وما هو موضوعي يهتم بالتفرقة بينهما على أساس خضوع كل منهما إلى قانون معين كما قد يهتم بالقواعد القانونية بحد ذاتها ذلك من أجل أن يبين هل هذه القواعد تنظم مسألة إجرائية أم موضوعية تخضع لقانون القاضي أم لا. فإذا كان التكييف في تنازع القوانين يحدد ما هو القانون الواجب التطبيق على مسألة معين، فإن التكييف الإجرائي هدفه تحديد مدى نطاق تطبيق قانون القاضي وعند قيام القاضي بعملية التكييف الإجرائي فهو يتبع مرحلتين

*الأولى:يحدد فيها طبيعة المسألة المعروضة عليه (إجرائية أو موضوعية) فإذا كانت إجرائية فهي تخضع لقانون القاضي استنادا إلى مبررات سنتعرض إليها لاحقا أما إذا كانت موضوعية فهنا تكون المرحلة الثانية

*الثانية:يتم فيها تحديد الفئة المسندة التي ينظم إليها النزاع بواسطة التكييف وفي هذه المرحلة تثار مشكلة تنازع القوانين.[2]

ورغم اعتبار عملية الفصل بين ما هو من الإجراءات وما هو من الموضوع مسألة تكييف إلا أن القاضي الذي سيجري هذا التكييف سوف يصادفه كثير من الصعوبات، وهذا ما أوضحه الفقه الأنجلوساكسوني أنه لا يمكن

[1] بلمامي عمر ،دراسات في القانون الدولي الخاص، نظرية التكييف، دار هومة الجزائر2008ص170

[2] أحمد عد الكريم سلام،الإثبات ومشكلاته في العلاقات الخاصة الدولية ص5

إقامة تفرقة قاطعة بين طوائف المسائل الإجرائية والمسائل الموضوعية، وإنما يجب البحث في كل حالة على للتمييز بين مسائل الإجراءات ومسائل الموضوع .

الفرع الثاني:أساس خضوع الإجراءات لقانون القاضي

إذا كانت قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي قاعدة مكرسة وراسخة في القانون الدولي الخاص فإن أساس هذه القاعدة كان محل جدل فقهي واختلفت الآراء حوله، فكان خضوع الإجراءات لقانون القاضي أساسه خضوع الشكل لمحل الإبرام (أولا)، والنظام العام كأساس لخضوع الإجراءات لقانون القاضي (ثانيا)، وأخيرا اعتبار قواعد الإجراءات من القانون العام (ثالثا)

أولا:خضوع الإجراءات لقانون القاضي وقاعدة خضوع الشكل لمحل الإبرام

يرى جانب من الفقه أن الأساس القانوني لقاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي يجد مصدره في قاعدة أخرى مكرسة وراسخة ومعروفة في القانون الدولي الخاص وهي قاعدة خضوع شكل التصرف القانوني لمحل الإبرام. ويحلل هذا الفقه وجهة نظره على النحو التالي فكرة الشكل في التصرفات القانونية لا تختلف في جوهرها عن فكرة الإجراءات فكل منهما هو المظهر الخارجي الذي يوجب القانون اتخاذه وهو يقتضي مراعاة أوضاع معينة وتدخل موظف عام هو الموثق بالنسبة للتصرف القانوني والقاضي و معاونيه بالنسبة للإجراءات وقانون المحل بالنسبة للتصرف القانوني هو قانون البلد الذي يبرم فيه بينما هو قانون البلد الذي توجد به المحكمة التي تتخذ الإجراء بالنسبة لمسائل الإجراءات.[1]

ولقد وجهت عدة انتقادات لهذا الرأي على أساس اختلاف قاعدة الشكل عن قاعدة خضوع الإجراءات[2] لقانون القاضي من ناحيتين أساسيتين أولهما من حيث الطبيعة القانونية، حيث يعد من الأمور المتفق عليها أن قاعدة خضوع الشكل لقانون محل الإبرام تتسم بأنها قاعدة اختيارية بمعنى يجوز للأطراف إخضاع اتفاقهم لقانون آخر. وهذا خلاف لما هو مقرر بصدد قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي إذ تتصف بالصفة الإلزامية. وثانيهما من حيث الهدف، حيث أن الهدف الذي تسعى إليه قاعدة محل الإبرام هو التسيير على الأفراد عند إبرامهم

[1] فضل آدم فضل المسيري،المرجع السابق ص381

[2] أحمد عبد الكريم سلامة فقه المرافعات المدنية الدولية دراسة مقارنة دار النهضة العربية

للتصرف القانوني بينما الهدف الذي تسعى إليه قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي هو ضمان حسن سير الخصومة.

ثانيا:فكرة النظام العام كأساس لخضوع الإجراءات لقانون القاضي

نظرا لما اتصف به الأساس السابق من نقص ظهرت فكرة أخرى كأساس وهي فكرة النظام العام وقد اعتبرها الفقهاء أساسا لقاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي،ولقد انتقد جانب من الفقه هذا الأساس معللا ذلك بقوله بأن تطبيق قانون القاضي بناءا على فكرة النظام العام إنما يفترض أن الاختصاص بحكم مسألة معينة كان في الأصل من اختصاص قانون أجنبي وأن هذا القانون استبعد بالدفع بالنظام العام وذلك لمخالفته النظام العام في دولة القاضي وحل هذا الأخير محله ويكون تطبيق قانون القاضي في هذه الحالة قد أتى استثناءا بعد استبعاد القانون الواجب التطبيق[1].

والدور الآخر الذي تؤديه فكرة النظام العام هو ما يعرف بالدور الإيجابي والذي وفق له يتقرر اختصاص قانون القاضي بنظر المنازعات المتضمنة عنصرا أجنبيا. وعدم صحة اللجوء إلى فكرة النظام العام كأساس لخضوع الإجراءات لقانون القاضي لا يرجع لكونها تؤدي في هذا الغرض وظيفة لا تعد هي منوط بها أصلا للقيام به. والأساس الحقيقي الذي تقوم عليه قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي هو أن القضاء وظيفة من وظائف الدولة تباشرها بواسطة سلطة من سلطاتها العامة ومما لاشك فيه أن هذه السلطة تؤدي تلك الوظيفة وفقا للقواعد المقررة في قانون الدولة دون قانون أي دولة أخرى فقواعد الإجراءات ليست إلا قواعد منظمة لهذه السلطة العامة تبين لها طريقة أداء وظيفتها ومن غير أن تقوم سلطة عامة بأداء وظيفتها وفقا للقواعد التي وضعها مشرع آخر بل إنه لا يمكن لها أن تتبع في أداء وظيفتها إلا للقواعد التي صاغها لها المشرع الوطني.[2]

ثالثا:قواعد الإجراءات من القانون العام

يرى جانب من الفقه الحديث ربط قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي بقواعد تنازع الاختصاص القضائي فاتصال قانون الإجراءات المدنية بالقانون العام (أي أن قانون الإجراءات المدنية يعتبر فرع من فروع قانون العام)وهذا يقتضي بالضرورة تطبيق هذه القواعد على كافة النزاعات المرفوعة أمام محاكم الدولة ولو تضمنت عنصرا

[1] حفيظة السيد الحداد القانون الدولي الخاص منشورات الحلبي الحقوقية لبنان 2009

[2] فضل آدم فضل المسيري،المرجع السابق ص 382

أجنبيا. فليس من المنطق أن يتبع القاضي في ممارسته لسلطاته قانون غير قانون دولته وإذا كان من المتصور أن يطبق القاضي قانونا أجنبيا في شأن موضوع المنازعات الخاصة الدولية المعروضة أمامه فإن المراد من ذلك هو اتصال الأمر بمصالح الخصوم وبالتالي بالقانون الخاص أما إجراءات الدعوى فإنها تتعلق بنشاط مرفق عام هو القضاء يجعل تطبيق قانون الدولة التي يتبعها هذا المرفق أمرا لازما. ومن هنا ينتهي هذا الرأي إلى اعتبار قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي مجرد تطبيق لمبدأ إقليمية قواعد القانون العام[1].

ويتضح من ذلك أنه إذا كانت قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي ترتبط بقواعد تنازع الاختصاص القضائي فإنها تعد في الوقت نفسه من قواعد تنازع القوانين واعتبارها من قواعد تنازع القوانين لا يخلو من فائدة ويتضح ذلك بصفة خاصة في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية حيث أن القضاء الوطني وقبل إصدار الأمر بالتنفيذ قد يضطر إلى الالتجاء إلى قانون الدولة التي أصدرت الحكم وذلك من أجل التحقق أن الإجراءات قد تمت صحيحة وفقا للقانون الأجنبي.[2] ولعل هذا الاعتبار هو ما دفع بالمشرع الجزائري إلى صياغة قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي في شكل قاعدة إسناد مزدوجة الجانب بالرغم من أنها قاعدة اختصاص وقواعد الاختصاص لا تكون مزدوجة.وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 21 مكرر ((**يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات**)).

ويترتب على اعتبار قواعد الإجراءات من القانون العام نتيجتين هامتين:

1/الأولى:أن هذه القواعد تتعلق من ناحية بالنظام العام فلا يعفى من حكمها الأفراد، وهي تسري على الجميع وطنيين وأجانب ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفها[3] فهي قواعد تتصل بتحقيق المصلحة العامة وبالمبادئ الأساسية في التقاضي.

وهذه القواعد تعتبر من ناحية أخرى من قواعد البوليس وهذا شأن قواعد القانون العام عموما[4] ولا شك أن القواعد المتعلقة بالتنظيم القضائي وعمل المحاكم الوطنية تعتبر من القواعد التي تهدف إلى تحقيق وحماية النظام

[1] هشام علي صادق القانون الدولي الخاص دار المطبوعات الجامعية 2004ص201

[2] فضل آدم فضل المسيري، المرجع السابق ص 383

[3] راجع Despagent، أحمد عبد الكريم سلامة المرجع السابق ص 426

[4] راجع ch.Freyria أحمد عبد الكريم سلامة المرجع نفسه ص426

الاقتصادي والاجتماعي للدولة. وسواء تعلقت قواعد الإجراءات بالنظام العام أو اعتبرت من قواعد الأمن العام فهي قواعد ذات تطبيق مباشر Règles d'application immédiate يطبقها القاضي لمجرد اختصاصه بنظر الدعوى ولا يقبل بشأنها تنازع القوانين.

2/الثانية:ان تطبيق قواعد الإجراءات في قانون القاضي يعد اعملا لمبدأ الإقليمية الذي يميز قواعد القانون العام عموما فلا جدال في أن قواعد القانون العام التي تنظم أحد المرافق العامة وهنا هو مرفق القضاء لا يقبل بصددها تطبيق قواعد القانون العام الأجنبي.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الإنابة القضائية

دائما ما يكون في مجال العلاقات الدولية تنازعا للقوانين بين اختصاص لقانون القاضي أو اختصاص لقانون الموضوع ويختلف القانون المطبق باختلاف طبيعة الموضوع وفي مجال الإنابة القضائية هل يكون الاختصاص أصيل لقانون القاضي (الفرع الأول) أو يمكن أن يكون هناك استثناء لذلك (الفرع الثاني)

الفرع الأول:تطبيق قانون الدولة المنابة

جاءت اتفاقية لاهاي في مادتها 9 والتي نصت على:

((L'autorité judiciaire qui procède à d'une commission rogatoire, applique les lois de son pays en ce qui concerne les formes à suivre. Toutefois, il est déféré à la demande de l'autorité requérante tendant à ce qu'il soit procède suivant une forme spéciale, à moins que celle-ci ne soit incompatible avec la loi de l'Etat requis, ou que son application ne soit pas possible, soit en raison des usages judiciaire de l'Etat requis, soit de difficultés pratique. La commission rogatoire doit être exécutée d'urgence)).

أخضعت الإنابة من حيث شكلها إلى قانون الدولة التي سيتم تنفيذ الإنابة على إقليمها وهو ما يفهم من الفقرة الأولى من المادة السالفة الذكر، ولا خلاف على هذه القاعدة لاتفاقها مع القواعد العامة التي تقضي بخضوع الشكل إلى قانون الدولة التي يباشر على إقليمها العمل القانوني.[1]

وإذا كانت الاتفاقية قد حرصت على بيان القانون الواجب التطبيق على الشكل فإنها بالمقابل قد سكتت عن بيان القانون الواجب التطبيق على موضوع الإنابة، والذي يتنازع في حكم الإنابة القضائية من حيث الشكل هو نفسه الذي يتنازع في حكم الإنابة القضائية من حيث الموضوع، وهو قانون الدولة المنابة وقانون الدولة المنيبة، وإذا كان يجب أن نرجح بين القانونين فإننا نؤيد خضوع الإنابة لقانون الدولة المنابة باعتبارها دولة التنفيذ وباعتبارها أن قانونها يعد أقرب القوانين لحكم هذه المسألة وقد صرح في أعماله مؤخرا في أول سبتمبر 2006 بهذا الحكم، حيث ذهبت الدول الأعضاء إلى التسليم بسريان قانون الدولة التي يتم فيها التنفيذ على موضوع الإنابة.

ولم تخرج اتفاقية الرياض العربية لعام 1983 عما تمليه القواعد العامة وما انتهجته الاتفاقيات الدولية فقد نصت على اختصاص قانون الدولة المنابة في مادتين الأولى هي المادة 1/18 والتي نصت على:((يتم تنفيذ الإنابة القضائية وفقا للإجراءات القانونية المعمول بها في قوانين الطرف المتعاقد المطلوب إليه ذلك)).

والثانية هي المادة 19 والتي نصت على:((يكلف الأشخاص المطلوب سماع شهاداتهم بالحضور بالطرق المتبعة لدى الطرف المتعاقد المطلوب أداء الشهادة لديه)) والتي أتت بحكم تطبيقي على مجال شهادة الشهود.

وتجدر الإشارة إلى أن النصين السابقين مطابقان للقاعدة المستقرة في فقه المرافعات الدولية وكذا التشريع الجزائري في المادة 21 مكرر من القانون المدني والتي نصت على:((يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات))، فالصياغة المزدوجة للنص السابق تؤدي بلا جدال إلى إخضاع شكل الإجراء أو العمل موضوع الإنابة إلى قانون الدولة المنابة باعتباره قانون الدولة التي يباشر فيها الإجراء.

وهكذا يتحقق لقانون الدولة المنابة الاختصاص الشامل بحكم الإنابة سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع، وإذا كان من المفترض ضرورة الأخذ في الحسبان أن الاعتراف بنتائج الإنابة يتقرر في الدولة الأجنبية، فإنه يجب النظر إلى الإجراء المراد اتخاذه بواسطة الإنابة القضائية على أنه يعتبر دائما بمثابة إجراء تابع للدولة

[1] عبد المنعم زمزم،المرجع السابق ص45

الأصلية، ومن ثم يجب تلافي أي تنافر بين هذا الإجراء التابع والدعوى الأصلية، بما يعني ضرورة إجراء الإنابة القضائية في ضوء فلسفة قانون الدعوى الأصلية وأهدافه.[1]

الفرع الثاني:الاستثناء على اختصاص قانون الدولة المنابة

يمكن بناء على طلب الجهة المنيبة إجراء الإنابة القضائية في شكل خاص يختلف بطبيعة الحال عن الشكل المقرر في دولة التنفيذ وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 9 من اتفاقية لاهاي لسنة1970 السالفة الذكر ويعد هذا الحكم محاولة للتوفيق بين الاعتبارات التي تتنازع شكل الإنابة بصفة عامة فربما ترى الدولة المنيبة أنه من مصلحها تنفيذ الإنابة بالشكل المقرر في قوانينها الداخلية بدلا من الشكل المقرر في دولة التنفيذ، خاصة أن الاستفادة النهائية من الإنابة ستقرر على إقليمها وليس على إقليم دولة التنفيذ وتطبيقا لذلك قامت بعض الدول بتعديل قوانينها الداخلية[2] للسماح باستخدام وسائل فنية جديدة غير معروفها في قوانينها ولكنها معروفة في قوانين بعض الدول الأعضاء لتنفيذ الإنابة، كاستجواب الشهود بواسطة محامي الأطراف، وقد أكدت ذلك اللجنة المنبثقة عن مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص لعام 2003

و إذا كان من حق الدولة المنيبة أن تطلب إجراء الإنابة في شكل خاص فإن من حق الدولة المنابة رفض هذا الطلب في الأحوال الآتية:

1/إذا كان الشكل المطلوب يخالف الأحكام التي تقضي بها قوانينها الداخلية.

2/استحالة تطبيق هذا الشكل بسبب العادات القضائية السائدة فيها.

3/تعذر التطبيق بسبب الصعوبات العملية وهو ما جاء في الفقرة2 من نفس المادة.

أما من حيث موضوع الإنابة فقد سكتت الاتفاقية عن ذلك غير أن الراجح هو تطبيق قانون الدولة المنابة باعتبار أن قانونها يعد الأقرب لحكم لهذه المسألة، وقد صرح مؤتمر لاهاي المقام يوم 1 سبتمبر 2006 بهذا الحكم.

أما بالنسبة لاتفاقية الرياض العربية لسنة 1983 فإنه إذا كان اختصاص قانون الدولة المنابة بحكم شكل تنفيذ أعمال التحقيق والإثبات اختصاصا مانعا Compétence exclusive إلا أن الواقع العملي قد يفرض

[1]أنظر عبد المنعم زمزم، المرجع السابق ص48

[2] عبد المنعم زمزم،المرجع السابق ص 45

على السلطة القضائية للدولة المنابة أن تتبع الإجراءات و الأشكال التي يقضي بها قانون الدولة طالبة التنفيذ، وعادة ما يكون ذلك بشأن صيغة تحليف اليمين أو تدخل سلطة دينية معينة في اتخاذ إجراء التحقيق، على أنه يجب في كل الأحوال ألا يتعارض الشكل الذي يقرره قانون الدولة المنيبة مع اعتبارات المساواة بين الخصوم أو ضمان حقوق الدفاع، أو اعتبارات النظام العام.[1]

الحل السابق نصت عليه اتفاقية الرياض في المادة 2/18 بقولها:((...وفي حالة رغبة الطرف المتعاقد الطالب –بناء على طلب صريح منه– في تنفيذ الإنابة القضائية وفق شكل خاص، يتعين على الطرف المتعاقد المطلوب إليه ذلك إجابة رغبته ما لم يتعارض ذلك مع قانونه أو أنظمته...))

وإعمال الحكم السابق يتماشى مع ما هو متفق عليه في الاتفاقيات الدولية الخاصة بالمرافعات المدنية الدولية، يقتضي توافر شرطان هما:

1/الطلب الصريح من جانب الدولة طالبة الإنابة القضائية في إجراء العمل موضوع الإنابة وفقا للأشكال المقررة في قوانينها.

2/عدم تعارض الشكل المطلوب مع قوانين و أنظمة الدولة المنابة وإلا يحق لهذه الأخيرة رفض تنفيذه واتباع الشكل المقرر في قوانينها.[2]

[1] أحمد عبد الكريم سلامة،فقه المرافعات الدولية،المرجع السابق ص572

[2] أحمد عبد الكريم سلامة،اتفاقي الرياض،المرجع السابق ص84

خلاصة الفصل الثاني

وعلى ذلك نخلص إلى أنه يتم تنفيذ الإنابة القضائية كما هو معروف في التشريع الداخلي وكذا أغلب الاتفاقيات عن طرق إما السلطات القضائية في الدولة أو عن طريق السلطات الدبلوماسية أو القنصلية بواسطة القنصل أو الممثل الدبلوماسي وتحدد اتفاقية فيننا للعلاقات الدبلوماسية وظائف الممثل الدبلوماسي. وكذلك يتم تنفيذ الإنابة القضائية عن طريق السلطات المركزية والتي حددتها اتفاقية لاهاي لسنة 1970 والتي أوجبت وجودها في وزارة العدل لكل دولة عضو مهمتها تلقي وإرسال طلبات الإنابة القضائية

طلب الإنابة القضائية يمكن رفضه بسبب عدم الاختصاص الجهة المنيبة كما ذكرته اتفاقية الرياض العربية لسنة 1980، أو الامتناع عن التنفيذ وهو ما جاءت به اتفاقية لاهاي والذي يكون بسبب أن الشخص المطلوب القيام بالإجراء معه معفى من القيام بذلك.

يعد الإجراء الذي تم بواسطة الإنابة القضائية له نفس الأثر كما لو تم أمام المحكمة المنيبة، وأما عن نفقات الإنابة في دائما على عاتق الدولة المنابة باستثناء نفقات الخبراء.

يطبق على الإنابة القضائية قانون دولة القاضي في جميع الأحوال إلا إذا طلبت الدولة المنيبة أن يتم تنفيذ الإنابة وفقا لشكل معين بشرط ألا يتعارض ذلك مع النظام العام

الخاتمة

الخاتمة

من خلال دراستنا لموضوع الإنابة القضائية الدولية رأينا أنه قد تقتضي ظروف الدعوى اتخاذ إجراء معين من إجراءات التحقيق أو الإثبات خارج إقليم الدولة، فتقوم المحكمة المرفوع أمامها النزاع بإرسال طلب للمحكمة المختصة القيام بذلك والحاجة للإنابة القضائية تكمن في خصوصية المنازعة الدولية، و رأينا في الفصل الأول أنه وعلى الرغم من الأهمية البالغة للإنابة القضائية الدولية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية إلا أن الفقه الغالب ومعه القضاء نادى بوجود عقبة تحول دون إضفاء الصفة الإلزامية على الإنابة، فسيادة كل دولة على إقليمها يصعب معها القول بمدى إلزامية الإنابة، وأسسوا رأيهم على اعتبارات وطنية، واعتبارات السيادة والاستقلال وكذا غياب السلطة وانعدام الرقابة، حيث اعتبروا أنها غير ملزمة لعدم وجود أي سلطة فعلية على القاضي المناب عند تنفيذه للإنابة ولا توجد كذلك أية رقابة. بينما ذهب اتجاه آخر إلى القول أن الإنابة القضائية تعتبر ملزمة استنادا إلى فكرة التعايش المشترك بين الأنظمة القانونية المختلفة وكذا سيادة العدالة مع عدم الانتقاص من السيادة.

كم رأينا من خلال دراستنا هذه أن الإنابة القضائية تكون في المرحلة ما بين رفع الدعوى إلى غاية صدور الحكم فهي بذلك تختلف عن تنفيذ الحكم لأن هذا الأخير يكون الحكم قد صدر وسيتم تنفيذه بينما الإنابة تكون من أجل القيام بإجراء من أجل إصدار حكم أي تكون قبل صدور الحكم، كما تختلف الإنابة القضائية عن الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية حيث هذه الأخيرة يكون فيها سلب الاختصاص وذلك لا يكون في مجال الإنابة القضائية.

وفي الفصل الثاني وفيما يخص تنفيذ الإنابة القضائية رأينا أنه وكما جاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وكذا معظم الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية الرياض العربية وكذا اتفاقية جامعة الدول العربية...وغيرها من الاتفاقيات، فإن تنفيذ الإنابة يكون عن طريق السلطات القضائية أو عن طريق السلطات الدبلوماسية أو القنصلية. بينما أضافت اتفاقية لاهاي لسنة 1970 طريق ثالث وهو طريق السلطات المركزية بحيث نصت على وجوب وجود سلطة مركزية في كل دولة الهدف منها إرسال وتلقي طلبات الإنابة القضائية.

وباعتبار أن الإنابة القضائية عبارة عن طلب فالقاضي المناب له الحق في قبول أو رفض تنفيذ الإنابة القضائية، فإذا ما قبل تنفيذها يقوم بعد التنفيذ بإعادة إرسال طلب الإنابة بنفس الطريقة التي جاءت بها، وأما في حالة عدم تنفيذ الإنابة فقد أرجعت اتفاقية لاهاي ذلك إلى طائفتين الأولى هي الامتناع عن تنفيذ الإنابة وذلك في حالة ما إذا كان الشخص موضوع الإنابة معفى من القيام بهذا الإجراء، والطائف الثانية هي رفض التنفيذ. أما

اتفاقية الرياض العربية والتي انضمت لها الجزائر، أرجعت رفض تنفيذ الإنابة القضائية إلى سبب عدم اختصاص الجهة التي وجها إليها الطلب.

يعد تنفيذ الإنابة القضائية وطبق جميع الاتفاقيات وحتى التشريع الجزائري،على عاتق ومسؤولية السلطة المنابة دون أن ترجع على السلطة المنيبة غير أن معظم الاتفاقيات وحتى التشريع الجزائري أيضا، يؤكد وجود نفقات تقع على عاتق السلطة المنيبة ومنها أتعاب الخبراء. تجدر الإشارة إلى أنه متى تم تنفيذ الإنابة القضائية تكون لها نفس الأثر كما لو تمت في الدولة المنيبة.

أما فيما يخص القانون الواجب التطبيق على الإنابة القضائية، وعلى اعتبار أنه في المجال الدولي دائما هناك تنازعا للقوانين، رأينا أن هناك مسائل ذات طبيعة إجرائية يكون الاختصاص فيها مانعا للقانون القاضي، ومسائل موضوعية تخضع للقانون الذي يحكم النزاع والتي تحدده قواعد الإسناد. وعلى اعتبار أن الإنابة تعد مسألة إجرائية فهي تخضع لقانون القاضي غير أن هناك استثناء نص عليه التشريع الجزائري وكذا الاتفاقيات القضائية، وهو حالة ما إذا طلبت الدولة المنيبة تنفيذ الإنابة وفق لشكل معين ما لم يتعارض ذلك مع النظام العام والآداب العامة.

ونتائج الدراسة التي خلصنا بها هي:

1-أن الإنابة القضائية الدولية تكون ملزمة لقاضي الدولة المنابة في حالة وجود اتفاقية دولية تقضي بذلك.

2-يتم تنفيذ الإنابة القضائية الدولية إما عن طريق السلطات القضائية، أو عن طريق السلطات الدبلوماسية أو القنصلية، وأخيرا عن طريق السلطات المركزية والتي جاءت بها اتفاقية لاهاي.

3-قد يتم رفض تنفيذ الإنابة القضائية، إما لعدم الاختصاص أو إذا كان من شأن الإنابة المساس بالنظام العام وسيادة الدولة.

4-تكون نفقات تنفيذ الإنابة القضائية الدولية على عاتق الدولة المنابة، إلا أن هناك نفقات تكون على عاتق الدولة المنيبة منها أتعاب الخبير.

5- يكون للإجراء الذي تم اتخاذه عن طريق الإنابة القضائية نفس الأثر القانوني كما لو تم اتخاذه أمام الدولة المنيبة.

6-القانون الواجب التطبيق على الإنابة القضائية الدولية هو قانون الدولة المنابة، غير أنه يمكن تنفيذها طبقا لقانون الدولة المنيبة إذا طلبت هذه الأخيرة ذلك بشرط عدم المساس بسيادة الدولة وكذا النظام العام.

وفي الأخير نقترح أن:

1-تتم دراسة الإنابة القضائية الدولية في مجال تفسير نصوص القانون الأجنبي على أساس انه في المجال الدولي يكون هناك تطبيق لقوانين أجنبية وعلى القاضي أن يكون ملم بها.

2-وكذلك دراسة الإنابة القضائية في الإعلانات القضائية في الجانب المتعلق بإعلان الأجنبي المقيم بالخارج.

قائمة المراجع

❖ المراجع باللغة العربية

أولا: الكتب

❖ الكتب الخاصة

1/عكاشة محمد عبد العال، الإنابة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2007.

2/فضل آدم فضل المسيري، الإنابة القضائية في المسائل المدنية والتجارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة 2005.

3/محمد مصطفى يونس، الانابات القضائية في إجراءات التقاضي والتنفيذ، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة 2002.

❖ الكتب العامة:

1/أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية القاهرة ط1 2000.

2/بيار ماير،فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص،ترجمة د.علي محمود مقلد،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ط1 2008.

3/بلمامي عمر،دراسات في القانون الدولي الخاص، نظرية التكييف، دار هومة الجزائر2008

4/حفيظة السيد الحداد،النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي الدولي و تنفيذ الأحكام الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان 2009.

5/طاهري حسين، الإجراءات المدنية والإدارية موجزة، دار الخلدونية، جزء1 2012.

6/ طلعت محمود دويدار،الإعلان القضائي بين قيمة في الدعوى ومبدأ سلطان الإرادة في الخصومة، دراسة مقارنة،منشأة المعارف الإسكندرية 2003

7/عبد المنعم زمزم، بعض أوجه الإثبات الدولي، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة 2007.

8/عبد الله مسعودي، المواعيد القانونية المدنية والجزائية، دار هومة، الجزائر 2013.

9/فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ط2 2013.

10/ نبيل إسماعيل عمر، إعلان الأوراق القضائية، دراسة تحليلية وعملية في الفقه والقضاء المصري الفرنسي، دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية 2011

11/نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية 2000.

12/هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص،الجنسية، تنازع القوانين، تناع الاختصاص القضائي، ديوان المطبوعات الجامعية الإسكندرية 2004.

13/وسام توفيق عبد الله الكتبي، مسائل الإثبات في المنازعة الخاصة الدولية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2011.

14/ يوسف دلاندة، اتفاقيات التعاون القضائي والقانوني، دار هومة، الجزائر 2006.

ثانيا: المقالات

1/أحمد عبد الكريم سلامة، اتفاقية الرياض العربية1983/1403 والتعاون في مسائل الإجراءات القضائية الدولية، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثاني، السنة 15، جويلية 1991

2/ عبد الرسول عبد الرضا جابر،دور الإنابة القضائية الدولية في تحقيق التعايش بين النظم القانونية، مجلة العلوم الإنسانية،المجلد1،العدد14،جامعة بابل 2013.

❖ المراجع بالفرنسية:

François Mélin, Droit internationale privé, Casbah editions, Alger2004

❖ الاتفاقيات الدولية

أولا:الاتفاقيات الثنائية

1/بروتوكول قضائي جزائري فرنسي، معدل ومتمم بموجب الأمر رقم 65-194 المؤرخ في 29 جويلية 1965، والمرسوم رقم 66-213 المؤرخ في 14 أكتوبر 1966.

2/ الاتفاقية المصرية الفرنسية بشأن التعاون القضائي المبرمة 15 مارس 1982.

3/اتفاقية المتعلقة بشأن المساعدة المتبادلة والتعاون القانوني والقضائي بين الجزائر وتونس، المصادق عليها بموجب المرسوم 63-450 المؤرخ في 14 نوفمبر 1936.

4/اتفاقية خاصة بالتعاون القضائي بين الجزائر والمغرب، المصادق عليها بالأمر 68-69 المؤرخ في 2 سبتمبر1969، يعدلها ويتممها البروتوكول الموقع يوم 15 جانفي 1969 بأفران.

ثانيا: الاتفاقيات الجماعية

1/اتفاقية لاهاي المتعلقة بالمرافعات المدنية والتجارية، المبرمة في 1 مارس 1954.

2/اتفاقية لاهاي المتعلقة بالتعاون القضائي، المبرمة في 18 مارس 1970.

3/اتفاقية الرياض العربية الموقع عليها يوم 6 أفريل 1983، والتي صادقت عليها الجزائر بتاريخ 20ماي 2001.

4/اتفاقية الإعلانات و الانابات القضائية بين الدول العربية، الموقعة بتاريخ 14 سبتمبر 1952.

5/اتفاقية فيينا المتعلقة بالعلاقات القنصلية،المبرمة في 24 أفريل 1963.

❖ القوانين الوطنية:

1/قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2/الأمر رقم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20رمضان 1395 الموافق ل26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

❖ القوانين الأجنبية:

1/ المرسوم رقم 75-250 المتضمن قانون المرافعات الفرنسي لسنة 1975.

الفهرس

المقدمة	أ-ج
الفصل الأول:التنظيم القانوني للإنابة القضائية الدولية	-
المبحث الأول:أساس الإنابة القضائية ونطاقها القانوني	4
المطلب الأول:أساس الإنابة القضائية الدولية وتمييزها عن ما يشابهها	4
الفرع الأول: مدى إلزامية الإنابة القضائية الدولية كأساس لتنفيذها	4
أولا: عدم إلزامية الإنابة القضائية الدولية	5
ثـانيا: إلزامية الإنابة القضائية الدولية	7
الفرع الثاني: تمييز الإنابة القضائية الدولية عن ما يشابهها	9
أولا: الإنابة القضائية الدولية والدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية	9
ثانيا: الإنابة القضائية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية	10
المطلب الثاني:النطاق القانوني للإنابة القضائية	12
الفرع الأول:شروط الإنابة القضائية وبياناتها	12
أولا:شروط الإنابة القضائية الدولية	12
ثانيا:بيانات الإنابة القضائية	13
الفرع الثاني:لغة الإنابة القضائية	15
المبحث الثاني:موضوع الإنابة القضائية الدولية	17
المطلب الأول:محل الإنابة أو ما تجوز فيه الإنابة القضائية الدولية	17
الفرع الأول:موضوع الإنابة إجراء من إجراءات التحقيق و الإثبات في منازعات القانون الخاص	17

الفرع الثاني:الإجراءات القضائية كموضوع للإنابة القضائية الدولية	19
الفرع الثالث:القانون الأجنبي وإمكانية اللجوء للإنابة القضائية	22
المطلب الثاني:ما لا تجوز في الإنابة القضائية الدولية	25
الفرع الأول:عدم جواز الإنابة في اتخاذ إجراء من إجراءات تنفيذ الحكم	25
الفرع الثاني:عدم جواز الإنابة في اتخاذ إجراء لا يكن مرتبط بحقوق الأفراد ولا للفصل في الدعوى	27
الفرع الثالث:عدم جواز الإنابة في اتخاذ إجراء يقع على عاتق الخصوم	28
ملخص الفصل الأول	-

الفصل الثاني:التنظيم الإجرائي للإنابة القضائية الدولية	-
المبحث الأول:تنفيذ أو رفض تنفيذ الإنابة القضائية الدولية	29
المطلب الأول:طرق تنفيذ الإنابة القضائية الدولية	29
الفرع الأول:تنفيذ الإنابة القضائية الدولية	29
الفرع الثاني:السلطات القضائية كطريق لتنفيذ الإنابة القضائية	31
الفرع الثالث:السلطات الدبلوماسية أو القنصلية كطريق لتنفيذ الإنابة القضائية	34
الفرع الرابع:السلطة المركزية كطريق لتنفيذ الإنابة القضائية	36
المطلب الثاني: عدم تنفيذ الإنابة القضائية	38
الفرع الأول:الامتناع ورفض تنفيذ الإنابة القضائية	38
أولا:الامتناع عن تنفيذ الإنابة القضائية	38

ثانـيا:رفض تنفيذ الإنابة القضائية	39
الفرع الثاني:عدم الاختصاص ورفض تنفيذ الإنابة القضائية	40
الفرع الثالث:نفقات الإنابة القضائية الدولية	42
الفرع الرابع:آثار تنفيذ الإنابة القضائية الدولية	43
المبحث الثاني:تنازع القوانين في مجال تنفيذ الإنابة القضائية الدولية	46
المطلب الأول:التفرقة بين المسائل الموضوعية والإجرائية وخضوع الإجراءات لقانون القاضي	46
الفرع الأول:التفرقة بين المسائل الموضوعية والإجرائية	46
أولا:إمكانية وضع معيار للتفرقة	47
1/صعوبة وضع معيار محدد للتفرقة	47
2/إمكانية وضع معيار محدد للتفرقة	47
ثانيا: وظيفة التكييف الإجرائي	48
الفرع الثاني:أساس خضوع الإجراءات لقانون القاضي	49
أولا:خضوع الإجراءات لقانون القاضي وقاعدة خضوع الشكل لمحل الإبرام	49
ثانيا:فكرة النظام العام كأساس لخضوع الإجراءات لقانون القاضي	50
ثالثا:قواعد الإجراءات من القانون العام	51
المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الإنابة القضائية الدولية	53
الفرع الأول:تطبيق قانون الدولة المنابة	53
الفرع الثاني:الاستثناء على اختصاص قانون الدولة المنابة	55

ملخص الفصل الثاني	-
الخاتمة	56
المراجع	59
الفهرس	65-63