ASU
جامعة العلوم التطبيقية
APPLIED SCIENCE UNIVERSITY

مراجعة للإمتحان النهائي لمادة القانون الدولي الخاص .

من عمل الطالبة : **زينب جاسم الحايكي** ..

ملاحظات مهمة :

- هذه المراجعة لا تغني عن **الكتاب فهو المرجع الرئيسي للطالب** .
- مصدر هذه المادة العلمية هو كتاب : د. عبد الكريم سالم العلوان و د. مهند أحمد صانوري ، القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة في تنازع القوانين ، الإختصاص القضائي الدولي ، تنفيذ الأحكام الأجنبية في مملكة البحرين)، الطبعة الأولى ،جامعة العلوم التطبيقية ، البحرين ، 2018.
- قد تكون بعض النقاط المهمة سقطت سهواً أوقد كُتبت المعلومة بطريقة خاطئة من غير قصد فألتمس منكم العذر .
- تختلف كمية المواضيع المحددة للإمتحان لكل أستاذ ولكل فصل دراسي فأرجو التأكد من المطلوب المحدد ..
- إن كنت وفقت فهو توفيق من الله وإن كنت أخفقت فهذا تقصير مني .
- هذه القصاصات الورقية مجانية ومن جهدي الشخصي فأرجو حفظ الحقوق ولا مانع من تداولها بشرط عدم إزالة الإسم .
- استقبل ملاحظاتكم واستفساراتكم على
  - البريد الالكتروني:z.al7ayki@gmail.com
  - الإنستغرام : z.al7aykii
- لا أحلل من يقوم بنسب جهدي إليه ..

إخواني وأخواتي إن نلتم الفائدة من مجهودي هذا كل ما أطلبه منكم دعوة صادقة لي ولوالديّ بظهر الغيب .

(اللهم انفعني بما علمتني، وعلمني ما ينفعني، وزدني علماً..)

بسم الله الرحمن الرحيم ..

** موانع تطبيق القانون الأجنبي واجب التطبيق ← الدفع بالنظام العام /الدفع بالغش نحو القانون / نظرية المصلحة الوطنية .

- الدفع بالنظام العام :

- النظام العام ← هو مجموعة المبادىء و الأفكار الأساسية الجوهرية المختلفة والتي أساسها فكرة المصلحة العامة سواء كانت سياسية أو إقتصادية أو إجتماعية أو غيرها التي يقوم عليها مجتمع معين في لحظة معينة من تاريخ وجوده ، ولا يمكن السماح بمخالفتها من قبل القانون الأجنبي الواجب تطبيقه بغض النظر إن كانت هذه الأفكار والمبادىء نصوص تشريعية أم لا ، وسواء كانت تشكل قواعد لتنظيم تعامل الأفراد أم تهيمن على المجتمع ككل .

- النظام العام في القانون الدولي الخاص ← هو ذلك الدفع الذي يُراد به إستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بشأن علاقة قانونية معينة وإحلال القانون الوطني محله نظراً لإختلاف الحكم الوارد في كلٍ منهما إختلافاً جوهرياً أو لعدم وجود التكافؤ القانوني بين التشريعين .

- إن القانون الأجنبي الذي اشارت إلى تطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية والذي يُراد إستبعاده يختلف في أسسه كلها أو بعضها إختلاف جوهري مع القانون الوطني فلو تم تطبيق القانون الأجنبي لما كان الحكم عادلاً في نظر المشرع الوطني .

- النظام العام الدولي ← هو النظام المشترك بين كافة الأمم بما يشمل في طياته من قواعد يعترف بها من هذه الأمم وتعتبر قواعد القانون الدولي العام .

- النظام العام الداخلي ← يتكون من مجموعة قواعد القانون الداخلي التي لا يجوز للأفراد الإتفاق على مخالفتها .

- قواعد النظام العام تعتبر أقوى من قواعد الإسناد فعند التنازع أو التعارض بينهما تُطبق قواعد النظام العام .

- المشرع البحريني يستبعد تطبيق القانون الأجنبي المختص إذا تعارضت أحكامه مع قواعد النظام العام في دولة القاضي .

مثال ← لو عُرض على القاضي الوطني نزاع يتعلق بعلاقة معينة في مسائل الزواج ، وأشارت قواعد الإسناد الوطنية في دولة القاضي إلى تطبيق قانون الجنسية ، وعند تطبيقه تبين للقاضي إنه يتعارض مع النظام العام في دولته كأن يكون هذا القانون يبيح زواج المحارم / أو يبيح التبني بين المسلمين / أو المساواة بين الإبن والبنت في الميراث بين المسلمين ، فمن البديهي أن يستبعد القاضي تطبيق أحكام هذا القانون .

- شروط تطبيق الدفع بالنظام العام :

1- وجود قانون أجنبي واجب التطبيق أشارت إلى تطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية ← يجب أن يكون القانون الأجنبي مختص بنظر النزاع لأنه لو كان غير ذلك يصبح لا محل للتمسك بالنظام العام .

- لا يتصور إعمال الدفع بالنظام العام إذا كان القانون واجب التطبيق هو القانون الوطني حتى لو وجدت حالة تنازع قوانين داخلية ، إلا في الدول التي تكون فيها كل ولاية لها وحدة تشريعية مستقلة فيتصور وجود إختلاف في الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني .

2- وجود مقتضى من مقتضيات النظام العام في دولة القاضي يستدعي الإمتناع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الإسناد الوطنية لتطبيقه ، لما سيؤدي إلى نتائج تخالف المبادىء الأساسية والأسس الجوهرية في مجتمع القانون الوطني لدولة القاضي .

- الآثار المترتبة على إعمال الدفع بالنظام العام :

1- الأثر السلبي ← إستبعاد تطبيق أحكام القانون الأجنبي المخالف للنظام العام .

** هل سيقوم القاضي الوطني بإستبعاد القانون الأجنبي كلياً أو الإقتصار على إستبعاد الجزء الذي يتعارض مع هذا القانون مع النظام العام في دولة القاضي ؟

- يجب ألا يتم إستبعاد أحكام القانون الأجنبي واجب التطبيق كله ، بل يُستبعد الجزء المتعارض من القانون الأجنبي المختص مع النظام العام إذا كان هذا الجزء لا يرتبط إرتباط وثيق ببقية أجزاء القانون واجب التطبيق .

- يتم إستبعاد القانون الأجنبي كلياً بجميع احكامه ← إذا كان الجزء المخالف للنظام العام مرتبط إرتباط وثيق بباقي أجزاء القانون الأجنبي الأخرى بحيث يترتب على عدم تطبيقه عدم إمكانية تطبيق بقية أحكام هذا القانون .

2- الأثر الإيجابي ← ثبوت الإختصاص لقانون دولة القاضي :

- إذا قام القاضي بإستبعاد القانون الأجنبي المختص المخالف للنظام العام عليه أن يتصدى لسد الفراغ التشريعي الناشىء عن هذا الإستبعاد .

- يتم تطبيق قانون دولة القاضي بدلاً من القانون الأجنبي المستبعد لتعارض أحكامه مع قواعد النظام العام في دولة القاضي .

3- الأثر المخفف أو الملطف للنظام العام :

الحالة الأولى ← إثارة الدفع بالنظام العام في دولة القاضي بشأن حق أو علاقة تمت في بلده : دور القاضي الوطني هو البحث عما إذا كان إنشاء الحق يتعارض مع النظام العام في بلده من عدمه (بالنسبة للمراكز القانونية التي يُراد إنشاؤها في دولة القاضي مثل : إبرام عقد زواج / إيقاع طلاق) .

الحالة الثانية ← أن يُثار الدفع بشأن حق أو علاقة اكتسبت في الخارج : وهي حالة المراكز القانونية التي نشأت في الخارج وتم اكتساب الحق فيها وفقاً لأحكام قانون أجنبي مخالف للنظام العام في دولة القاضي ، فيكون دور القاضي البحث عما إذا كان نفاذ هذا الحق يتعارض مع النظام العام أم لا .

- قد يتعارض إنشاء الحق في دولة القاضي مع إعتبارات النظام العام فيها ، بينما لا يصطدم نفاذ هذا الحق في دولة القاضي بالضرورة مع هذه الإعتبارات ما دام أن الحق قد نشأ واكتسب في الخارج .

- لأن الشعور العام للمجتمع في دولة القاضي لن يتأثر بالنسبة للعلاقة التي نشأت في الخارج بالمقدار نفسه لو نشأت في دولة القاضي لذلك دفع النظام العام لا يُرتب كامل أثره .

مثال ← إذا أبرم شخص مسلم زواجه الثاني في البحرين وفق أحكام الشريعة الإسلامية ، ثم رفعت زوجته دعوى تطالبه بأي أثر من آثار الزواج .

↑ لا يملك القاضي الفرنسي الحكم ببطلان هذا الزواج أو عدم الإعتداد به بالرغم من إن تعدد الزوجات يصطدم بالنظام العام في فرنسا (هذا يطلق عليه الأثر المخفف للنظام العام) .

- الحق الذي نشأ واكتسب في الخارج يعتبر واقعة من الصعب إنكارها وليس من المعقول أن يتجاهلها القضاء بدعوى تعارضها مع النظام العام في دولته .

• نظرية الغش نحو القانون ← إستخدام الأفراد لوسائل مشروعة بحد ذاتها بقصد الوصول إلى أغراض تخالف أوامر القانون ونواهيه .

في القانون الدولي الخاص ← هو تحايل الأفراد على القانون الواجب التطبيق في مجال العلاقات الدولية الخاصة عن طريق قيام أحد أطراف العلاقة بتغيير عنصر أو أكثر من عناصر الواقعة القانونية على نحو يتغير معه القانون واجب التطبيق وإحلال قانون آخر ليس له صلة أو علاقة بالنزاع .

• نشأة نظرية الغش نحو القانون :

- تعد قضية الأميرة فالنتينا دي كارامان من أشهر القضايا في فقه وقضاء القانون الدولي الخاص وتتلخص وقائعها في إنه :

- تزوجت سيدة بلجيكية الأصل تدعى فالنتينا دي كارامان من أمير فرنسي يُدعى دو بوفرمون فإكتسبت الجنسية الفرنسية بناءً على زواجها منه ، وفي سنة 1874 حدث بينهما إنفصال فطالبت الزوجة بالطلاق فوقفت أحكام القانون الفرنسي بوصفه القانون الواجب التطبيق (قانون الجنسية وفقاً لقواعد الإسناد الفرنسية) عقبة لأن القانون الفرنسي يحرم الطلاق في ذلك الوقت .

- فتجنست الزوجة بجنسية إمارة ساكس التنبرج الألمانية التي يبيح قانونها التطليق فحصلت على التطليق من زوجها وفقاً لقانون جنسيتها الجديدة .

- ثم تزوجت من أمير روماني فأكتسبت الجنسية الرومانية وأقامت معه في فرنسا .

- رفع الزوج الأول دعوى أمام المحاكم الفرنسية يطالب ببطلان التطليق وبطلان الزواج الثاني .

- قضت محكمة النقض الفرنسية لصالح الزوج الأول واستندت في حكمها إلى فكرة الغش نحو القانون حيث إن غرض الزوجة من طلب الجنسية الجديدة هو التخلص من موانع القانون الفرنسي .

- قضت المحكمة بعدم نفاذ الطلاق والزواج الثاني مع بقاء الزوجية الأولى قائمة .

• شروط الدفع بالغش نحو القانون :

أولاً الشرط المادي :

1- أن يكون التغيير إرادياً ← أن يكون قد تم التغيير وفق إرادة صاحب المصلحة ويجب أن تكون الإرادة سليمة وخالية من أية عيوب أو عوارض .

- يجب أن يعمد صاحب المصلحة إلى إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد .

مثال ← إذا فُرِضَ على الشخص تغيير جنسيته إما بالتجنيس أو الزواج فإن ذلك يعتبر حدثاً عرضياً غير مقصود منه الغش نحو القانون .

2- أن يكون قد وقع تغيير ضابط الإسناد فعلاً ← يجب أن يتم تغيير ضابط الإسناد فعلياً لا صورياً .

- إذا كان التغيير صوري يكون بالإمكان الإحتجاج بأحكام الصورية ولا حاجة لإعمال الدفع بالغش نحو القانون .

مثال ← إذا غير الشخص موطنه تغييراً صورياً فإن العبرة تكون في الموطن الفعلي .

- يجب أن يقوم صاحب المصلحة بتغيير ضابط الإسناد الذي يتحدد به القانون واجب التطبيق سواء كان ضابط الإسناد مادي (تغيير مكان إبرام العقد / الموطن / موقع المنقول) أو قانوني (تغيير الجنسية / الموطن) .

3- أن يكون التغيير قد تم بصورة مشروعة ← يجب أن تكون الوسيلة التي لجأ إليها الأفراد لتغيير ضابط الإسناد أو الظروف المحيطة بالعلاقة سليماً من الناحية القانونية .

- إذا كان التغيير غير مشروع من الناحية القانونية فلا حاجة إلى إعمال هذا الدفع لأن لدينا العديد من الوسائل القانونية التي تكفي للحيلولة دون تحقيق النتائج التي أرادها الأفراد ، فيكفي إثبات عدم صحة الوسيلة التي لجأ لها الأفراد .

مثال ← لا يُعتد بالجنسية المكتسبة عن طريق تزوير المستندات وتكون العبرة بالجنسية الأولى .

ثانياً الشرط المعنوي (نية التحايل أو الغش نحو القانون) ← يجب أن تتجه نية الأفراد عند تغيير ضابط الإسناد إلى التهرب من تطبيق القانون المختص بحكم العلاقة .

- أن يكون قيام الشخص بهذه الأفعال بنية سيئة للإفلات من الخضوع لأحكام القانون واجب التطبيق .

• آثار الدفع بالغش نحو القانون أو الجزاء المترتب عليه : (هناك إتجاهان فقهيان):

الإتجاه الأول : عدم نفاذ الوسيلة المستخدمة والنتيجة ← أثر الغش يجب أن يتناول عدم نفاذ النتيجة التي يهدف إليها الشخص من وراء تغيير ضابط الإسناد وكذلك الوسيلة التي استخدمها الشخص للتوصل إلى النتيجة غير المشروعة.

مثال ← أثر الغش في قضية الأميرة فالنتينا لم يكن مقصوراً على عدم نفاذ النتيجة غير المشروعة بل لم يعتد بتجنسها بالجنسية الجديدة لأنها الوسيلة التي استخدمتها للتوصل إلى الطلاق من زوجها الأول .

الإتجاه الثاني : عدم نفاذ النتيجة (الرأي الراجح) ← إن أثر الدفع بالغش نحو القانون يجب أن يكون مقصوراً على النتيجة التي أراد الأفراد تحقيقها دون الوسيلة التي استخدموها للوصول لهذه النتيجة .

مثال ← أثر الغش في قضية الأميرة فالنتينا يجب أن يكون مقصوراً على عدم نفاذ الطلاق والزواج الثاني ، أما الوسيلة التي لجأت إليها الأميرة للتوصل إلى الطلاق من زوجها الأول وهي التجنس بالجنسية الألمانية فيجب الإعتداد بها لأنها إكتسبت الجنسية بطرق قانونية ومشروعة وإن كان هدفها غير مشروع .

(بإعمال الدفع بالغش نحو القانون يتم بطلان أي تغيير في ضابط الإسناد أما الآثار الأخرى المرتبتة على إكتساب الخصم لجنسيته الجديدة فتبقى قائمة ، فلو حدث نزاع مستقبلي يتعلق بأهلية الشخص مثلا يتم تطبيق قانون جنسيته الجديدة) .

• نظرية المصلحة الوطنية ← لا يجوز تطبيق أحكام قانون دولة أجنبية إذا كان يؤدي إلى الأضرار بالمصالح الوطنية للوطنيين أو بالأموال والحقوق التي تعود إلى أبناء الوطن .

- من أشهر القضايا التي عُرضت على القضاء الفرنسي بهذا الخصوص قضية ليزاردي .

- تتلخص وقائع هذه القضية في أن شاباً مكسيكياً في سن الثالثة والعشرين إشترى جواهر من تاجر فرنسي في باريس وحرر مقابل الثمن سندات عليه ، وعند مطالبة السداد احتج بإبطال السندات بسبب نقص أهليته .

- حيث إن القانون المكسيكي يحدد سن الرشد بـ 25 سنة .

- محكمة الموضوع لم تأخذ بهذا الدفع وقضت بصحة إلتزامه وأيدتها في ذلك محكمة النقض الفرنسية وأقرت بصحة السندات وألزمت المشتري بدفع المبلغ المدعى به .

- ↑ المحكمة أخذت بنظرية المصلحة الوطنية حيث إنه من الأسلم دائماً تطبيق القانون الوطني على الوطني وليس قانون آخر .

- تشمل هذه التصرفات أهلية الأجنبي في توقيع العقود داخل الوطن وأهليته يجب أن تكون خاضعة إلى أحكام القانون الوطني البحريني .

(أخذ المشرع البحريني بهذه النظرية في عدة فروع من القانون)

** أهلية الشخص الطبيعي الأجنبي :

القاعدة العامة ← قانون جنسية الشخص .

الإستثناء الأول ← هناك إستثناء لحماية الوطنيين في الدولة إذا توافرت الشروط الآتية مجتمعة فيتم إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي ويتم تطبيق القانون الوطني بدلاً عنه :

1- أن يكون التصرف مالياً.

2- أن يكون التصرف معقوداً في الدولة وتترتب آثاره فيها .

3- أن يكون نقص أهلية الأجنبي راجعاً إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه .

4- أن يكون المتعاقد الأجنبي الناقص الأهلية وفقاً لقانون جنسيته كامل الأهلية وفقاً للقانون الوطني .

** كما إنه إذا كان من مقتضى إكتساب جنسية جديدة أن تغير من أهلية الشخص فإن ذلك لا يؤثر في تصرفاته السابقة على إكتساب الجنسية الجديدة .

الإستثناء الثاني ← المادة 357 من قانون التجارة البحريني والتي نصت على :

1- يرجع تحديد أهلية الملتزم بمقتضى الكمبيالة إلى قانونه الوطني فإذا أحال هذا القانون إلى قانون دولة أخرى كان القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق .

2- إذا كان الملتزم بالكمبيالة ناقص الأهلية فإن إلتزامه مع ذلك يبقى صحيحاً إذا كان توقيعه على الكمبيالة قد وضع في إقليم دولة يعتبره تشريعها كامل الأهلية .

- كما إن المشرع البحريني قد نص على إنه يسري بشأن ثبوت الشخصية الإعتبارية للشخص الإعتباري الأجنبي وأهليته وذمته المالية ومن يمثله قانوناً وغير ذلك من المسائل المتعلقة بنظامه القانوني قانون الدولة التي اتخذ فيها هذا الشخص مركز إدارته الرئيسي وباشر فيها نشاطه الفعلي .

- فيسري القانون البحريني إذا باشر الشخص الإعتباري الأجنبي نشاطه الفعلي في المملكة ولو لم يوجد فيها مركز إدارته الرئيس .

مثال ← شركة أصحابها ألمان ومركزها الرئيسي في السويد وتمارس نشاطها في هولندا فمالقانون واجب التطبيق ؟ ولماذا ؟

↑ القانون الواجب التطبيق هو القانون السويدي لأن فيه مركز الإدارة الرئيسي ولا يطبق القانون البحريني لأنها لم تمارس نشاطاً في البحرين .

- المشرع البحريني أورد قاعدة عامة بشأن تحديد النظام القانوني للشخص الإعتباري (قانون الدولة التي بها مركز الإدارة الرئيسي للشخص الإعتباري) أما الإستثناء فهو (تطبيق القانون البحريني إذا مارست هذه الإدارة نشاطاً في البحرين)

- نص المشرع البحريني على إن القانون البحريني هو الواجب التطبيق في حالة الأشخاص الذين يثبت لهم أكثر من جنسية وتكون الجنسية البحرينية من ضمن جنسيات هؤلاء الأشخاص .

- المشرع البحريني أورد قاعدة عامة بالنسبة لعقود العمل وهي تطبيق قانون الدولة التي يجري فيها تنفيذ عقد العمل ، إلا إذا كان العقد يُنفذ في أكثر من دولة فيصبح قانون دولة المركز الرئيسي لهذه الأعمال هو الواجب التطبيق ، فإذا كان المركز في الخارج وله فرع في البحرين فيصبح القانون البحريني هو الواجب التطبيق .

** الإختصاص القضائي الدولي ← القواعد التي تهدف إلى تحديد الجهة الملائمة للبت في المنازعات الدولية الخاصة و وضع الأسس أو الشروط أو الحالات التي من خلالها يمكن الوصول إلى هذا الهدف .

مثال ← لو رُفعت دعوى أمام إحدى المحاكم البحرينية تتعلق بنزاع بين بحريني وفرنسي على عقار موجود في مصر ، فإن المحكمة تُحدد أولاً فيما إذا كانت مختصة بنظر النزاع وفقاً لقواعد الإختصاص القضائي الدولي وقواعد الإختصاص الداخلي ، وإذا قررت إنها محكمة مختصة فتقرر بعد ذلك أي القوانين يحكم النزاع وفقاً لقواعد الإسناد البحرينية .

- قواعد الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم ← هي التي تبين للقاضي إذا كانت محاكم دولته تختص بالنظر في النزاع المطروح أمامه إذا تضمنت عنصراً أجنبياً ، فإذا تبين إن النزاع يدخل في إختصاص محاكم دولته عليه الرجوع إلى قواعد الإختصاص الداخلي .

قواعد الإختصاص الداخلي ← (من قانون المرافعات) تبين الإختصاص الوظيفي والنوعي والقيمي والمكاني للمحاكم ، لبيان مدى إختصاص المحكمة المرفوع أمامها النزاع إزاء غيرها من محاكم الدولة .

• أهمية الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم ← يساعد في إرساء قواعد الأمان الخاصة وإستقرار المعاملات في العلاقات القانونية الدولية الخاصة .

• الفارق بين الإختصاص القضائي الدولي والإختصاص القضائي الداخلي :

(أساس التفرقة بين الإختصاص القضائي الداخلي والإختصاص القضائي الدولي هو إختلاف نوع المنازعات التي يتصدى لها كلٌ منهما) :

1- الإختصاص القضائي الداخلي :

- يتصدى لتحديد المحكمة المختصة بالنظر في المنازعات التي ترتبط سائر عناصرها بدولة معينة ويعهد بالإختصاص في شأنها إلى السلطة القضائية في هذه الدولة بمحاكمها وهيئاتها القضائية المختلفة .

- يتم تحديد المحكمة المختصة وفقاً لقواعد الإختصاص في قانون المرافعات حسب قواعد الإختصاص الولائي والقيمي و النوعي والمكاني .

2- قواعد الإختصاص القضائي الدولي :

- تبين مدى ولاية محاكم الدولة على المنازعات التي تحتوي على عنصر أجنبي .

- العنصر الأجنبي قد يكون : أحد أشخاص الخصومة أو جميعهم لا يحملون جنسية دولة القاضي / موضوع الدعوى قد يكون نزاع على عقار في دولة أخرى) .

- المنازعة ترتبط بأكثر من دولة .

- ينبغي تحديد أي محكمة من محاكم هذه الدول تختص بنظر المنازعة .

• خصائص قواعد الإختصاص القضائي الدولي :

1- قواعد داخلية ← تستقل كل دولة بتحديد قواعد الإختصاص الدولي لمحاكمها في المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي بما يحقق أهدافها الإجتماعية والإقتصادية التي تهدف إليها سياستها التشريعية .

- تختلف الضوابط التي يقوم عليها الإختصاص القضائي الدولي من دولة إلى أخرى حسب ظروف ومصالح كل دولة .

2- قواعد مفردة الجانب ← فهي مقصورة على تحديد حالات إختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات ذات العنصر الأجنبي دون التعرض إلى تحديد إختصاص محاكم الدول الأخرى .

- تختلف عن قواعد تنازع القوانين التي تكون مزدوجة الجانب التي تهتم بكون القانون وطني أو أجنبي فهي توزع الإختصاص التشريعي .

3- قواعد ذات مضمون موضوعي ← فهي قواعد موضوعية تحدد مباشرةً المحكمة المختصة بنظر المنازعة ذات العنصر الأجنبي فهي لا تقتصر على تعيين القانون المختص بحل مشكلة تدخل إختصاص المحاكم الوطنية و الأجنبية ولكن تحل مباشرةً هذه المشكلة .

- تختلف عن قواعد تنازع القوانين التي تعتبر قواعد إرشادية ترشد إلى القانون واجب التطبيق .

4- قواعد إجرائية ← ليس لها طبيعة موضوعية فهي تشكل جزءاً من القانون الإجرائي أو المرافعات المدنية والتجارية فهي فقط أداة لتطبيق قواعد القانون الموضوعي .

• القيود الواردة على حرية الدولة في تحديد الإختصاص الدولي لمحاكمها :

القيد الأول : حق الأجنبي في الإلتجاء لقضاء الدولة ← وهو من الحقوق الأساسية التي كفلها القانون الدولي للأجانب .

- قديماً كان حق الإلتجاء إلى القضاء قاصر على الوطنيين فقط دون الأجانب .

- أما الآن مرفق القضاء يجب أن يفتح أبوابه للجميع بغض النظر عن إختلاف جنسياتهم .

- هناك إلتزام على الدولة يفرض عليها ضرورة السماح للأجنبي باللجوء إلى قضائها مع توفير كافة الضمانات اللازمة للحصول على حقوقه .

- عدم السماح للأجنبي بممارسة حقه في اللجوء إلى القضاء يعتبر إخلالاً من الدولة بإلتزام فرضه عليها القانون الدولي وقد يترتب عليه إنكار العدالة ، خاصةً إذا لم يتمكن الأجنبي من اللجوء إلى قضاء دولته .

القيد الثاني : الحصانة القضائية ← وهي الإعفاء من سلطة القضاء الوطني ، مما يعني عدم إمكانية رفع الدعوى أو إتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهة من يتمتعون بهذه الحصانة مثل (رؤساء الدول / الممثلين الدبلوماسيين) .

- يستند الدفع بالحصانة إلى فكرة السيادة ، حيث إن سيادة الدولة وإستقلالها يقتضي عدم جواز خضوعها لسلطات القضاء في دولة أخرى فليس من المقبول أن يُصدر القضاء الوطني أحكاماً ضد دولة أجنبية .

- من أهم القيود التي يفرضها القانون الدولي العام على حرية الدولة عند سنها للقواعد القانونية التي تنظم الإختصاص القضائي الدولي .

- تلتزم الدولة بعدم وضع قواعد قانونية متعلقة بالإختصاص القضائي الدولي تتعارض مع هذه الحصانة .

• الطبيعة القانونية للحصانة القضائية : (اختلف فقهاء القانون في ذلك) :

الإتجاه الأول ← إن الدفع بالحصانة القضائية هو إدعاء بعدم الإختصاص .

الإتجاه الثاني (الراجح) ← الدفع بالحصانة هو دفع بعدم قبول الدعوى بالنظر إلى صفة المدعى عليه فالشخص الذي يتمتع بالحصانة لا يتوافر فيه شرط الصفة فلا يمكن رفع الدعوى عليه .

- يترتب على الدفع بالحصانة دفع بعدم القبول وعلى القاضي أن يقضي به من تلقاء نفسه .

- يستطيع المدعى عليه المتمتع بالحصانة أن يدفع به في أية حالة تكون عليها الدعوى .

• نطاق الحصانة القضائية :

أولاً : النطاق الشخصي للحصانة (يختلف بإختلاف الأشخاص الذين يتمتعون بها)

1- حصانة الدول الأجنبية ← تُعفى الدول الأجنبية من الخضوع للقضاء الوطني نظراً لما تتمتع به من إستقلال وسيادة ، حيث إن إخضاعها لمحاكم دول أخرى يُعتبر ماساً بسيادتها لذلك فهي لا تخضع لولاية قضاء أي دولة بل تخضع للقضاء الدولي .

- هل يلزم الإعتراف بالدولة كي تتمتع بالحصانة القضائية ؟

↑ لا ، فيكفي أن تتمتع الدولة بالشخصية الدولية حتى ولو لم يتم الإعتراف بها من جانب الأشخاص الدولية الأخرى .

2- حصانة المنظمات الدولية ← تتمتع المنظمات الدولية بحصانة على التصرفات والأعمال التي تتم بقصد تحقيق مصالح المنظمة الدولية .

مثال ← تتمتع الأمم المتحدة و جامعة الدول العربية بالحصانة القضائية .

3- رؤساء الدول الأجنبية ← يتمتع رئيس الدولة بالحصانة القضائية أثناء سفره وإقامته خارج إقليم دولته لكونه رمز لدولة ذات سيادة وممثل أعلى لها .

4- المبعوثون الدبلوماسيون ← يتمتع الممثل الدبلوماسي بالحصانة القضائية الجنائية في الدولة المعتمد لديها ويتمتع أيضاً بالحصانة القضائية المدنية و الإدارية إلا إذا كان الأمر يتعلق بما يأتي :

أ- إذا كانت دعوى عينية منصبة على عقار خاص كائن في أراضي الدولة المعتمد لديها إلا إذا شغله لحساب دولته .

ب- إذا كانت دعوى خاصة بميراث ويكون الممثل الدبلوماسي منفذ للوصية أو مدير للتركة أو وارث فيها أو موصى له بصفته الشخصية لا بإسم الدولة المعتمدة .

ج – إذا كانت دعوى متعلقة بمهنة حرة أو نشاط تجاري يقوم به الممثل الدبلوماسي في الدولة المعتمد لديها خارج نطاق أعماله الرسمية .

- لا يجوز إجبار الممثل الدبلوماسي على الإدلاء بالشهادة .

- لا يجوز إتخاذ أي إجراء تنفيذي ضد الممثل الدبلوماسي إلا في الحالات السابقة ↑

- عدم خضوع الممثل الدبلوماسي لإختصاص قضاء الدولة المعتمد لديها لا يعفيه من الخضوع لقضاء الدولة المعتمدة .

مثال ← المبعوثون الدبلوماسيون يتمتعون بالحصانة القضائية التي تمنع مقاضاتهم أمام محاكم الدولة المعتمدين لديها مالم تتنازل دولهم عن هذه الحصانة تنازلاً صريحاً .

** أجازت إتفاقية فيينا مد الحصانات القضائية إلى أفراد أسرة المبعوث الدبلوماسي وقيدت ذلك بتوافر شرطين :

1- أن يكون من أهل بيته ، فلا تمتد الحصانة إلى كل أقاربه و أفراد أسرته فيكون الأمر مقصور على من يسكنون معه .

2- ألا يكونوا من المنتمين بجنسيتهم إلى الدولة التي أوفد لها المبعوث الدبلوماسي .

ثانيا : النطاق الموضوعي للحصانة القضائية (يختلف بإختلاف الأعمال و التصرفات التي تكون مشمولة بالحصانة القضائية) :

- كان مبدأ الحصانة القضائية للدول الأجنبية يعفي الدول إعفاءً مطلقاً ولا يجيز مقاضاة الدول الأجنبية أو ممثليها أمام المحاكم الوطنية عن أي نشاط تمارسه ثم أخذ مبدأ الحصانة القضائية يتحدد .

- الدولة لا تتمتع بالحصانة القضائية إلا عندما تمارس نشاطها كشخص دولي ، فتفقد الحصانة عندما تمارس أنشطة عادية كغيرها من الأفراد (الأنشطة التجارية مثلاً) .

- مبررات تدعيم فكرة الحصانة القضائية النسبية :

1- إذا تعاقد أي شخص إرادياً مع دولة أجنبية فإن ذلك لا يعتبر تنازلاً منه عن حقه في مقاضاة تلك الدولة بل على العكس تعتبر الدولة المتعاقدة معه متنازلة عن الإعفاء القضائي الممنوح لها ويجوز مقاضاتها .

2- إن إعتبار الإعفاء المطلق للبعثات الدبلوماسية و رؤساء الدول الأجنبية و المنظمات الدولية في الإختصاص القضائي لا يعتبر إعفاء ضمني لدول هذه البعثات الدبلوماسية والرؤساء حيث إن الإعفاء القضائي المطلق الممنوح للبعثات الدبلوماسية و رؤساء الدول الأجنبية و المنظمات الدولية هدفه تمكينهم من أداء واجباتهم بحرية في التمثيل الدبلوماسي فقط وليس شيء آخر .

** ماهو المعيار الذي يرجع إليه لتحديد التصرفات و الأعمال التي تمارسها الدولة لتتمتع بالحصانة القضائية ومتى تخرج عن نطاق الحصانة و تخضع لولاية القضاء الوطني ؟؟

المعيار الأول : الصفة التي تظهر بها الدولة في النزاع ← إذا ظهرت الدولة في العلاقة القانونية بمظهر السلطة والسيادة فإنها تتمتع بالحصانة القضائية ، أما إذا ظهرت في المنازعة كشخص عادي فإنها لا تتمتع بالحصانة وتخضع لولاية القضاء الوطني مثلها مثل أي فرد عادي .

- تم إنتقاد هذا المعيار على أساس إن الدولة لها شخصية واحدة لا تتجزأ فليس من المنطقي أن يكون للدولة شخصيتان شخصية ذات سيادة وشخصية أخرى بإعتبارها فرد عادي .

المعيار الثاني : طبيعة النشاط الذي ثار النزاع بشانه ← يقوم على التفرقة بين أنشطة الدولة المتعلقة بالسيادة و أنشطتها المتعلقة بأعمال الإدارة .

- تتمتع الدولة بالحصانة فقط في حال ممارستها للأنشطة المتعلقة بالسيادة .

مثال ← يُعتبر إبرام البعثة الدبلوماسية لعقد إيجار سكن من الإعمال التي لا تشملها الحصانة رغم إن العقد لا يعتبر عمل تجاري لكنه يعتبر من الأعمال التي تندرج ضمن القانون الخاص وتعتبر من الأنشطة التي تمارسها البعثة كونها من أعمال الإدارة وليست من أعمال السيادة .

المعيار الثالث : معيار المعاملة بالمثل ← من الممكن معاملة الدولة الأجنبية (من حيث تمتعها بالحصانة القضائية من عدمه) المعاملة نفسها التي يعامل بها القضاء الوطني دولته ذاتها .

مثال ← لو تبين للقاضي البحريني إنه كان سيمتنع عن نظر المنازعة لو كانت مملكة البحرين هي الطرف المدعى عليها فيها ، فإنه بالمثل يمتنع عليه النظر في الدعوى المماثلة المرفوعة ضد الدولة الأجنبية لتمتعها بالحصانة القضائية في هذه الحالة .

- تعرض هذا المعيار للنقد لأن عدم خضوع بعض الأعمال التي تقوم بها دولة القاضي للسلطة القضائية يستند إلى مبدأ الفصل بين السلطات .

في حين إن إعفاء الدولة الأجنبية من الخضوع للقضاء الوطني يستند إلى إعتبارات تتصل بكيان المجتمع الدولي بأسره .

• التنازل عن الحصانة و أثره ← بإعتبار إن الحصانة القضائية حق فيجوز للمستفيد منها التنازل عنها .

- يجب ان تتوافر عدة شروط في التنازل :

1- أن يكون التنازل واضح و مؤكد لا لبس فيه ولا غموض .

2- أن يصدر التنازل ممن وُضع لمصلحته .

3- يجب أن يكون التنازل خاص ومقصور على الدعوى التي أُثير بشأنها دون أن يمتد لغيرها من الدعاوى .

- قد يكون التنازل صريح .

مثال ↑ : أن يقوم الممثل الدبلوماسي برفع دعواه أمام القضاء الأجنبي وعليه لا يستطيع الممثل الدفع بالحصانة لأي طلب متعلق بالدعوى الأصلية .

- قد يكون التنازل ضمنياً أيضاً .

- يترتب على التنازل عن الحصانة القضائية إمكانية السير في الدعوى ضد الدولة الأجنبية أو رئيسها أو ممثلها الدبلوماسي .

- عند التنازل تسترد الدولة التي أُثير النزاع أمام محاكمها سلطتها في القضاء فيخضع النزاع للقضاء الوطني .

• ضوابط تحديد الإختصاص القضائي الدولي :

1- ضابط جنسية المدعى عليه ← ينعقد الإختصاص لمحاكم الدولة التي ينتمي إليها المدعى عليه بجنسيته .

- يستند إختصاص المحاكم الوطنية المنعقد بناءً على هذا الضابط إلى اعتبار سياسي حيث إن من وظائف قضاء الدول إقامة العدل بين رعاياها فيجب أن تفصل في المنازعات التي يكون مواطنوها أطرافاً فيها ولو كان محل إقامتهم في الخارج .

- تم إنتقاد هذا الضابط حيث إنه يقوم على التفرقة بين الوطنيين والأجانب .

- كما إنه يشكل صعوبة عملية في تطبيقه كما في حالة إنعدام أي صلة حقيقية بين المدعى عليه ودولته .

2- ضابط موطن المدعى عليه (من أهم الضوابط وأكثرها شيوعاً) ← ينعقد الإختصاص لمحاكم الدولة التي يوجد بها للمدعى عليه موطن أو محل إقامة .

- من مبررات هذا الضابط : إن محكمة موطن المدعى عليه هي أكثر المحاكم قدرةً على كفالة تنفيذ الحكم الصادر عنها حيث إن موطن المدعى عليه هو المكان الذي تتركز فيه مصالحه و أوجه نشاطه .

- الأصل بالنسبة للمدعى عليه هو براءة الذمة فليس من العدل تحميله مشقة الإنتقال إلى محكمة خارج موطنه قبل أن تثبت مسؤوليته .

3 – ضابط موقع المال ← ينعقد الإختصاص لمحاكم الدولة التي يوجد بها موقع المال .

- يُعتبر هذا الضابط إقليمي لأنه يتحدد بالنظر إلى إقليم الدولة .

- يُعتبر ضابط موضوعي فهو لا ينظر إلى أشخاص الخصوم .

- يُعتبر ضابط خاص لأنه مقصور على طائفة معينة من المنازعات المتعلقة بالمال.

- المال قد يكون عقار وقد يكون منقول .

- مبرر هذا الضابط : إن محاكم الدولة التي يوجد فيها المال أقدر من غيرها على الفصل في النزاعات المتعلقة به وعلى إتخاذ الإجراءات اللازمة المتعلقة به وهي الأقدر على تنفيذ الأحكام الصادرة عن محاكمها بسبب وجود المال على أراضيها.

4- ضابط مصدر الإلتزام او محل تنفيذه ← ينعقد الإختصاص لمحاكم الدولة التي نشأ بها مصدر الإلتزام أو كان تنفيذ الإلتزام واجباً في إقليم هذه الدولة .

5- ضابط الخضوع الإرادي لولاية القضاء ← يُعتد بإرداة الأطراف في مجال تحديد الإختصاص القضائي الدولي .

- يجوز أن يتفق الطرفان المتنازعان على عقد الإختصاص لمحكمة دولة معينة ولو كانت غير مختصة .

- انقسم الفقه بالنسبة للأخذ بهذا الضابط إلى إتجاهين :

الإتجاه الأول ← إعترض هذا الإتجاه على هذا الضابط بإعتبار إنه لا يجوز الإعتداد بإرادة الخصوم حتى تعيين المحكمة المختصة حيث يؤثر ذلك على قواعد تنازع القوانين .

- قد يؤدي ذلك أيضاً إلى عدم الإستقرار في تحديد القانون المطبق على العلاقات الدولية .

- من غير المقبول أن يُترك للخصوم حرية تعديل قواعد الإختصاص القضائي لمحاكم الدولة .

الإتجاه الثاني (الراجح) ← ضرورة الإعتراف بإرادة الخصوم في تعيين المحكمة المختصة حيث إن للإرداة دور في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد مثلاً .

6- ضابط تلافي إنكار العدالة ← تعقد المحاكم الوطنية في بعض الأحيان إختصاصها على الرغم من عدم تحقق أي ضابط من الضوابط السابقة تفادياً لإنكار العدالة .

- قد يحدث أن لا يكون القضاء الوطني مختص بنظر المنازعة وفي نفس الوقت قد لا يكون القضاء الأجنبي مختص أيضاً فتكون العلاقة ذات العنصر الأجنبي بلا قاضٍ مختص ليفصل فيها فينعقد الإختصاص القضائي الدولي بناءً على ضابط تلافي إنكار العدالة .

(يعترف القانون البحريني بإنعقاد الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم البحرينية تلافياً لإنكار العدالة) .

مثال ← ينعقد الإختصاص للمحاكم البحرينية بنظر دعاوى الأحوال الشخصية إذا كان المدعي وطنياً أو أجنبياً له موطن في البحرين إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف في الخارج .

• ضوابط الإختصاص القضائي الدولي لمحاكم مملكة البحرين :

1- الإختصاص الدولي للمحاكم البحرينية المبني على المركز القانوني للمدعى عليه في الدعوى .

المركز القانوني للمدعى عليه في الدعوى ← الحالة التي يكون عليها في مجال العلاقات الخاصة الدولية من حيث كونه وطنياً أو أجنبياً مقيماً أو غير مقيم ، متوطن أو غير متوطن في إقليم الدولة .

** الإختصاص القضائي الدولي لمحاكم البحرين :

1- تختص محاكم البحرين بنظر الدعاوى التي تُرفع على غير البحريني الذي له موطن او محل إقامة في البحرين فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار موجود في الخارج .

2- تختص محاكم البحرين بنظر الدعاوى التي تُرفع على غير البحريني الذي ليس له موطن أو محل إقامة في البحرين في الأحوال الآتية :

أ- إذا كان له في البحرين موطن مختار .

ب – إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود في البحرين أو كانت متعلقة بإلتزام نشأ أو نُفذ أو كان واجباً تنفيذه فيها أو كانت متعلقة بإفلاس أُشهر فيها .

ج- إذا كانت الدعوى معارضة في عقد زواج وكان العقد يُراد إبرامه لدى جهات التوثيق في البحرين .

د- إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب فسخ الزواج أو بالتطليق أو بالإنفصال وكانت مرفوعة من زوجة لها موطن في البحرين على زوجها الذي كان له موطن فيها ، متى كان الزوج قد هجر زوجته وجعل موطنه في الخارج بعد قيام سبب الفسخ او التطليق أو الإنفصال أو كان قد أُبعد عن البلاد .

هـ - إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب نفقة للأم أو الزوجة متى كان لهما موطن في البحرين أو للصغير المقيم في البحرين .

و – إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية وكان المدعي وطنياً أو أجنبياً له موطن في البحرين إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف في الخارج أو إذا كان القانون البحريني واجب التطبيق في الدعوى .

ز- إذا كانت الدعوى بشأن نسب صغير يقيم في البحرين أو بسلب الولاية على نفسه أو الحد منها أو وقفها أو إستردادها .

ح – إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة الولاية على المال متى كان للقاصر أو المطلوب الحجز عليه أو مساعدته قضائياً موطن او محل إقامة في البحرين أو كان إذا كان بها أخر موطن أو محل إقامة للغائب .

ط – إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة في البحرين .

3- تختص محاكم البحرين بمسائل الإرث و بالدعاوى المتعلقة بالتركة متى كانت التركة قد افتتحت في البحرين او كان المورث بحرينياً أو كانت أموال التركة كلها أو بعضها في البحرين .

4- تختص محاكم البحرين بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في إختصاصها طبقاً لما سبق إذا قبل الخصم ولايتها صراحةً أو ضمناً.

5- إذا رُفعت لمحاكم البحرين دعوى داخلة في إختصاصها تكون هذه المحاكم مختصة بالفصل في المسائل الأولية والطلبات العارضة على الدعوى الأصلية وتختص بالفصل في كل طلب يرتبط بهذه الدعوى ويقتضي حسن سير العدالة أن ينظر معها .

6- تختص محاكم البحرين بالأمر بالإجراءات الوقتية والتحفظية التي تنفذ في البحرين ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية .

7- إذا لم يحضر المدعى عليه ولم تكن محاكم البحرين مختصة بنظر الدعوى طبقاً لما سبق تحكم المحكمة بعدم إختصاصها من تلقاء نفسها .

• الأحكام القابلة للتنفيذ في مملكة البحرين ← بصدور الحكم القضائي تنتهي الخصومة ، وإذا كان هذا الحكم أجنبي ويراد تنفيذه في البحرين فإنه يجب أن يتصف بالصفة الأجنبية وأن يكون صادر في مسألة من مسائل القانون الخاص .

الحكم الأجنبي ← هو الحكم الصادر عن سلطة عامة تمارس وظيفتها وفقاً للنظام القانوني السائد في دولة معينة والغالب أن تكون هذه السلطة هي السلطة القضائية في الدولة الأجنبية وقد تكون هذه السلطة مجرد هيئة إدارية أو دينية قد تم تخويلها إختصاص إصدار الأحكام في بعض المنازعات وفقاً لقانون الدولة التي تتبعها .

- يعتبر الحكم أجنبي إذا كان صادراً بإسم سيادة دولة أجنبية بغض النظر عن مكان صدوره وعن جنسية القضاة الذين فصلوا في الخصومة .

- الأحكام الصادرة عن الهيئات الدولية التي تتمتع بسلطة القضاء كمحكمة العدل الدولية وأحكام التحكيم الصادرة في الخارج تعتبر أحكاماً أجنبية أيضاً .

صدور الحكم في مسألة من مسائل القانون الخاص ← لكي ينفذ الحكم الأجنبي في مملكة البحرين يجب أن يكون صادر في مسألة من مسائل القانون الخاص (أحوال شخصية / معاملات مدنية / معاملات تجارية) والعبرة بطبيعة المسألة التي تم الفصل فيها وليس بنوع الجهة القضائية التي أصدرت الحكم .

- الأحكام الأجنبية الصادرة في مواد جنائية أو مالية أو إدارية لا تكون قابلة للتنفيذ في البحرين ولو كانت صادرة من محاكم مدنية ولكن الأحكام التي تفصل في المسائل المدنية تكون قابلة للتنفيذ في البحرين ولو كانت صادرة من محاكم إدارية أو جنائية .

• أنظمة تنفيذ الأحكام الأجنبية ← تنفيذ الحكم الأجنبي يتطلب التوفيق بين هدفين متعارضين هما الحرص على مصالح الأفراد أطراف الدعوى التي صدر بشأنها الحكم الأجنبي دون قيد أو شرط و الهدف الثاني هو الحرص على سيادة الدولة .

- اختلفت الدول حول وسيلة التوفيق بين مبدأ السيادة وبين حاجة المعاملات الدولية فأخذت بعض الدول بنظام الدعوى الجديدة أما البعض الآخر فأخذ بنظام الأمر بالتنفيذ .

• نظام الدعوى الجديدة ← يستلزم هذا الإسلوب رفع دعوى جديدة للمطالبة بالحق الذي أقره الحكم الأجنبي ويكون سنده فيها الحكم الأجنبي ذاته بإعتباره دليل لا يقبل إثبات العكس .

- هذا الإتجاه حافظ على مبدأ سيادة الدولة من حيث الشكل أما من حيث الواقع فهو يعترف بطريقة غير مباشرة بآثار الحكم الأجنبي كاملةً حيث إن القضاء الوطني لا يستطيع مراقبة سلامة الحكم الأجنبي من الناحية الموضوعية مادامت الشروط الشكلية لتنفيذ الحكم قد توافرت .

- ↑ أي لا يجوز للمدعى عليه الطعن في صحة الحكم المقدم كدليل سواء من حيث تطبيق القانون أم من حيث صحة الوقائع .

- على القاضي الأخذ بهذا الحكم كدليل قاطع بمجرد توافر بعض الشروط الشكلية دون أن يفحص موضوع الحكم للتأكد من صحة ماورد فيه .

- تأخذ بهذا النظام أمريكا و إنجلترا .

• نظام الأمر بالتنفيذ ← يقوم صاحب المصلحة الذي صدر لصالحه حكم أجنبي باللجوء إلى قضاء الدولة التي يُراد تنفيذ الحكم فيها طالباً منه إستصدار أمر بالتنفيذ.

- تقوم المحاكم في هذه الدولة بالتأكد من توافر عدد من الشروط بهدف مراقبة الحكم الأجنبي والتأكد من مراعاته للعدالة وعدم تعارضه مع النظام العام في الدولة التي يُراد فيها التنفيذ .

- تأخذ بهذا النظام غالبية دول أوروبا مثل فرنسا ، وبعض الدول الأخرى كمصر والأردن .

- الدول التي تأخذ بهذا الأسلوب تختلف فيما بينها حول مدى السلطة الممنوحة للقضاء الوطني في فحص الحكم الأجنبي ، فهناك دول تعتمد نظام إعادة النظر وهناك دول تعتمد نظام المراقبة .

1- نظام إعادة النظر (المراجعة الموضوعية) ← يعطي القاضي الوطني سلطات واسعة في فحص الحكم الأجنبي .

- لا يكتفي القاضي بمراقبة استيفاء الحكم الأجنبي للشروط الأساسية اللازمة لصحته بل للقاضي أن يراقب الحكم في تقديره للوقائع وسلامة تطبيقه لقواعد القانون .

- يعطي هذا النظام للقاضي الوطني سلطة تعديل الحكم الأجنبي .

- قد يؤدي أحياناً إلى إلغاء الحكم الأجنبي ليحل محله الحكم الصادر عن القاضي الوطني مع كل ما تتطلبه المنازعة الجديدة من تقديم طلبات و أدلة جديدة أو إدخال الغير .

- تقوم فلسفة هذا النظام على أساس إن الحكم الأجنبي قد يكون صادر من قضاء غير نزيه أو مبني على غش أو تدليس ، فيكون من واجب القاضي الوطني التصدي لهذه الأمور ليحقق العدالة .

2- نظام المراقبة (المراجعة الشكلية) ← تقوم المحكمة التي يُعهد إليها بإصدار الأمر بالتنفيذ بنوع من الرقابة الخارجية على الحكم الأجنبي للتأكد من إستيفائه للشروط الشكلية أو الخارجية حيث إنها تتحقق من أهم الشروط الشكلية وهي صدور الحكم من محكمة مختصة دولياً وعدم مخالفته للنظام العام في الدولة المراد تنفيذه فيها وإلا يعتبر هذا الحكم مبني على الغش او التدليس .

- لا تقوم المحكمة بمراجعة الحكم من الناحية الموضوعية .

• موقف المشرع البحريني ← تبنى نظام الأمر بالتنفيذ واتبع نظام المراقبة (المراجعة الشكلية) ، فالقاضي البحريني عندما يصدر أمر بتنفيذ حكم أجنبي يقوم بالتحقق من الشروط الشكلية دون التعرض لموضوع النزاع .

• الشروط اللازمة لتنفيذ الحكم الأجنبي في مملكة البحرين :

نصت المادة 252 من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني على هذه الشروط التي يمكن إيجازها بالآتي :

1- محاكم البحرين غير مختصة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم أو الأمر ، حيث إن المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصة بالمنازعة طبقاً لقواعد الإختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها .

2- الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم يجب أن يكونوا قد كُلفوا بالحضور ومثلوا تمثيلاً صحيحاً .

3- يجب أن يكون الحكم أو الأمر قد اكتسب الدرجة القطعية طبقاً لقانون المحكمة التي أصدرته .

4- يجب أن يكون الحكم أو الأمر لا يتعارض مع حكم او أمر سبق صدوره من محاكم البحرين ولا يتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب فيها .

شرح الشروط ↑↓ :

1- شرط المعاملة بالمثل ← من واجب القاضي البحريني أن يتحرى عند نظر الطلب المقدم من صاحب المصلحة لتنفيذ الحكم الأجنبي من المعاملة التي يتلقاها الحكم القضائي البحريني في الدولة التي صدر الحكم الأجنبي عن محاكمها إذا ما طلب تنفيذ الحكم القضائي البحريني فيها .

- فيسمح للقاضي البحريني بتنفيذ الحكم الأجنبي بالقدر نفسه وبالشروط نفسها التي يُنفذ بها الحكم البحريني في الدولة الأجنبية .

- إذا كانت الدولة الأجنبية التي صدر فيها الحكم تأخذ بنظام الأمر بالتنفيذ عن طريق أسلوب المراقبة (المراجعة الشكلية) فالمعاملة بالمثل تكون متحققة وقوم القاضي البحريني بإصدار الأمر بالتنفيذ بعد التأكد من وتوافر الشروط والأوضاع الخارجية والشكلية للحكم الأجنبي .

- إذا كانت الدولة الأجنبية تأخذ بإسلوب إعادة النظر (المراجعة الموضوعية) بالنسبة للأحكام البحرينية بحيث يكون لها الحق في تعديل الحكم البحريني ، فهل

يكون للقاضي البحريني بمقتضى شروط المعاملة بالمثل أن يعدل الحكم الأجنبي بعد مراجعته موضوعياً ؟

- ↑ من واجب القاضي الوطني أن يفحص موضوع الحكم الأجنبي ثم يأمر بتنفيذه أو يرفضه ، ولكن لا يجوز له تعديل الحكم الأجنبي حتى لو كان القضاء الأجنبي يأخذ بنظام المراجعة حيث إن دعوى الأمر بالتنفيذ ليست دعوى جديدة في القانون البحريني حيث ينحصر موضوعها في طلب تنفيذ الحكم الأجنبي أو رفضه .

• تقدير شرط المعاملة بالمثل :

- هدف المشرع البحريني من هذا الشرط هو إجبار الدول الأخرى على الإعتراف بالأحكام القضائية البحرينية وتنفيذها.

- لم يسلم هذا الشرط من الإنتقادات و من أهمها :

أ- صعوبة إعمال شرط المعاملة بالمثل ← حيث إنه يستلزم من القاضي أن يكون محيط بمختلف النظم القانونية الأجنبية حتى يتأكد من سماحها بتنفيذ الأحكام البحرينية من عدمها وبالتأكيد هي مهمة شاقة للقضاء البحريني .

↑ هذا النقد ليس حاسم بذاته حيث إن الصعوبة تثور في كل مرة ينص المشرع فيها على تطبيق قانون أجنبي بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية ومن واجب القاضي أن يبحث عن مضمون القانون الأجنبي من تلقاء نفسه وله أن يطلب من الخصوم معاونته .

ب- شرط المعاملة بالمثل قد يؤدي إلى التحايل على القانون ← حيث إنه لا يمنع الدول الأخرى من التحايل على هذا الشرط لتنفيذ الأحكام الصادرة من محاكمها في الدولة التي تأخذ بشرط المعاملة بالمثل .

↑ بالإمكان تلافي التحايل عن طريق استخدام فكرة النظام العام .

ج - شرط المعاملة بالمثل له مدلول سياسي ← إن مسألة جواز تنفيذ الأحكام الأجنبية أو عدم جوازها مسألة يجب أن تقدرها الدولة وفق ماتراه يحقق العدالة و وفق حاجات المعاملات الدولية بغض النظر عما تجري عليه الدول الأخرى .

2- شرط أن يكون الحكم الأجنبي صادر عن محكمة مختصة بالفصل في النزاع وعدم إختصاص القضاء البحريني ← لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق إن محاكم البحرين غير مختصة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم أو الأمر وإن المحاكم

الأجنبية التي أصدرته هي المختصة طبقاً لقواعد الإختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها .

- هذا الشرط يشتمل على قيدين أحدهما قيد إيجابي والآخر قيد سلبي .

القيد الإيجابي : صدور الحكم عن هيئة قضائية مختصة دولياً .

مثال ← لو كان الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في البحرين صادر عن محكمة إيطالية على القاضي البحريني أن يرجع إلى قواعد الإختصاص القضائي الدولي في القانون الإيطالي لمعرفة إذا ما كان القضاء الإيطالي مختص وفق هذه القواعد للنظر في الدعوى التي صدر عنها الحكم المطلوب تنفيذه .

- الإختصاص الداخلي للمحكمة الأجنبية لا يشترط توافره فالقاضي البحريني لا يبحث في إختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم محلياً فهو يستطيع أن يأمر بتنفيذه ولو كان صادر من محكمة غير مختصة داخلياً إلا إذا كان عدم الإختصاص يجعل الحكم باطل فلا يجوز تنفيذه في البحرين .

القيد السلبي : عدم إختصاص القضاء البحريني ← فيمتنع القاضي البحريني عن تنفيذ الحكم الأجنبي إذا كان الحكم قد صدر في منازعة تدخل في إختصاص القضاء البحريني طبقاً لقواعد الإختصاص القضائي الدولي .

- الأصل عدم تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر في منازعة من إختصاص المحاكم البحرينية إلا إنه يمكن تنفيذه استثناءً بناءً على اعتبارات الملائمة .

- يجوز تنفيذ الحكم الأجنبي استثناءً من القاعدة العامة في الحالات الآتية :

أ – إذا كان الحكم الأجنبي صادر في منازعة ناشئة عن عقد لا يتعلق بمال موجود في البحرين ولكن تم إبرامه وتنفيذه في البحرين .

ب- إذا كان الحكم صادر في مسألة من مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للأجانب متى كان ذلك لا يتعلق بمال موجود في البحرين .

3- شرط صحة تمثيل الخصوم وتكليفهم بالحضور ← يجب أن تكون الإجراءات المتبعة في الدعوى سليمة وصحيحة مع مراعاة حقوق الدفاع والعبرة بتقدير سلامة الإجراءات هو قانون الدولة التي أصدرت الحكم أو الأمر .

4- شرط أن يكون الحكم حائز لقوة الأمر المقضي وفقاً لقانون المحكمة التي أصدرته ← أي يجب أن يكون الحكم الأجنبي نهائي استنفذ طرق الطعن العادية ،

وعليه لا يجوز للقاضي البحريني أن يصدر الأمر بتنفيذ حكم أجنبي إذا كان الحكم مازال قابل للإستئناف وذلك لتحقيق الإستقرار في المعاملات .

- إذا كان الحكم الأجنبي قابل للطعن به بالتمييز أو إعادة المحاكمة يجوز الأمر بتنفيذه .

- المرجع في إعتبار الحكم متمتع بقوة الأمر المقضي به من عدمه هو قانون الدولة التي أصدرته .

** الأحكام الوقتية الصادرة عن المحاكم الأجنبية هل يجوز للقاضي الوطني الأمر بتنفيذها أم لا ؟؟

↑ يجوز تنفيذ الأحكام الأجنبية الوقتية لأنها وإن كانت غير قطعية لا تحوز حجية الأمر المقضي به إلا إنها تهدف إلى مجرد إتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي لحماية مصلحة الخصوم وحفظ حقوقهم إلى أن يتم الفصل في النزاع .

5- شرط عدم تعارض الحكم الأجنبي مع حكم صادر عن القضاء البحريني ←

حيث إنه من غير المتصور أن يهدر القاضي الوطني حكماً قضائياً وطنياً يعتبر في ذاته عنواناً للحقيقة القضائية من أجل حكم أجنبي حتى لو توافرت فيه كل شروط إصدار الأمر بالتنفيذ حيث إنه يمس بالنظام العام ويهدر سيادة الدولة التي صدر الحكم بإسمها .

** هل يسري هذا الحكم إذا كانت هناك دعوى مرفوعة أمام المحاكم البحرينية بين الأطراف نفسها وفي الموضوع ذاته ولم يصدر حكم قضائي بحريني ؟

↑ يُترك الأمر لتقدير القاضي الذي طُلب منه الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي ليتخذ الموقف المناسب في هذه المسألة .

** ما هو الحل الواجب الإتباع إذا عرض على القاضي البحريني حكمان أجنبيان متعارضان صادران عن محاكم دولتين مختلفتين ويُراد تنفيذ كلٌ منهما في البحرين؟

↑لم ينص المشرع البحريني على مايجب إتباعه في هذا الحالة ولكن أغلب الفقه ذهب إلى إنه يتم تفضيل الحكم الأسبق في التاريخ من حيث حيازته لقوة الأمر المقضي به بشرط أن يكون مستوفي لكل الشروط التي تطلبها القانون لتنفيذ الأحكام الأجنبية .

6- شرط ألا يكون الحكم الأجنبي مخالفاً للنظام العام أو الآداب في مملكة البحرين:

- لا يجوز للقاضي البحريني الأمر بتنفيذ حكم أجنبي إذا كان هذا الحكم يخالف النظام العام أو الآداب في البحرين .

- فكرة النظام العام في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية يجب أن تأخذ طابعاً مخففاً فيكون إعمالها محصور في نطاق أضيق من نطاق إعمال هذه الفكرة عند تطبيق القوانين الأجنبية ، فالمسألة لا تتعلق بإنشاء حق في دولة القاضي المطلوب منه تنفيذ الحكم الأجنبي ، بل مجرد الإعتراف بآثار حق تم تكوينه وإكتسابه في الخارج .

مثال ← إعمال الأثر المخفف للنظام العام مكن القضاء الفرنسي من الإعتراف ببعض نظم الشريعة الإسلامية كتعدد الزوجات و الطلاق بالإرادة المنفردة بالرغم من عدم إمكانية نشوء هذين الحقين في فرنسا مباشرةً .

** الحلول الوضعية لتنازع القوانين في مملكة البحرين :

الفكرة المسندة	القانون المسند إليه
الشروط الموضوعية للزواج	قانون كلٌ من الزوجين
آثار الزواج	قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج
الطلاق	قانون جنسية الزوج وقت الطلاق
التطليق و الإنفصال	قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى
النفقة الوقتية	قانون دولة القاضي
نفقة الأقارب	قانون جنسية المدين أو المطالب بها (المدعى عليه).
النفقة الزوجية	قانون جنسية الزوج وقت الزواج .
نفقة العدة	قانون جنسية الزوج وقت الطلاق .
الحضانة	قانون الشخص الذي تجب حمايته (المحضون).
الميراث	قانون بلد المتوفي .
الأحكام الموضوعية للإثبات	أحكام القانون الواجب التطبيق على التصرف مالم يتم الإتفاق على قانون آخر .
المسائل المستعجلة والطلبات التحفظية و الوقتية .	قوانين المملكة أياً كان القانون الواجب التطبيق على المنازعة .
أهلية الشخص الطبيعي الأجنبي	القاعدة العامة : قانون جنسية الشخص . الإستثناء الاول : هناك إستثناء لحماية الوطنيين في الدولة إذا توافرت الشروط الآتية مجتمعة يتم إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي وتطبيق القانون الوطني بدلاً منه : 1- أن يكون التصرف مالي . 2- أن يكون التصرف معقود في الدولة وتترتب آثاره فيها 3- أن يكون نقص أهلية الأجنبي راجعاً إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه . 4- أن يكون المتعاقد الأجنبي الناقص الأهلية وفقاً لقانون جنسيته كامل الأهلية وفقاً للقانون الوطني . الإستثناء الثاني : المادة 357 من قانون التجارة تم ذكرها في صفحة رقم 8.
حالة الشخص الإعتباري الأجنبي .	القاعدة العامة : مركز الإدارة الرئيسي الفعلي . الإستثناء : إذا كانت تمارس نشاطاً في البحرين يطبق القانون البحريني .
الشروط الشكلية لحيازة العقار وملكيته والحقوق العينية التي تترتب عليه .	قانون موقع العقار

الشروط الموضوعية للتصرفات المتعلقة بالعقار .	قانون موقع العقار مالم يُتفق على قانون آخر .

**المصطلحات :

Treaty	معاهدة ، إتفاقية
Written law	القانون المدون / المكتوب
Territorial law	القانون الإقليمي
Personal law	قانون الأحوال الشخصية
Applicable law	القانون الواجب التطبيق
Law of contract	قانون العقود
Capacity of contract	أهلية التعاقد
Legal relation	رابطة قانونية
Reciprocity	مبدأ المعاملة بالمثل
Exploitation	استغلال

تم بحمد الله ،، والله ولي التوفيق ...

11/ مايو /2018