ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2023 المجلد: السابع العدد: الأول ص.ص: 251 - 275

إشكاليات إخضاع أهلية الالتزام الصرفي لحكم المادة 10مدني جزائري –دراسة مقارنة–

Problematic subdue capacity of the commercial obligation to the provision of article 10 algerien civil

(A comparative study)

بلحجين فضيلة*
كلية الحقوق والعلوم السياسية تلمسان-
الجزائر، مخبر القانون الخاص الأساسي.
fadila.belhadjin@univ-tlemcen.dz

يوسف فتيحة
أستاذة التعليم العالي، مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية تلمسان-
الجزائر
Fatihayoucef@hotmail.com

تاريخ إرسال المقال: 03/ 06/ 2022 تاريخ قبول المقال: 09/ 08/ 2022 تاريخ نشر المقال: 19/ 03/ 2023

الملخص:

يتم الرجوع في تحديد القانون الذي يحكم أهلية الملتزم الصرفي في التشريع الجزائري إلى أحكام القواعد العامة في القانون المدني وبالأخص لنص المادة 10 مدني جزائري الخاصة بأهلية التصرفات القانونية وذلك في ظل غياب نص خاص بأهلية الالتزامات الصرفية. وتقضي هذه المادة بخضوع الأهلية لقانون جنسية الشخص، وهو نفسه المبدأ الذي أقرته اتفاقية جنيف بخصوص أهلية الملتزم بالورقة التجارية.

غير أن الاختلاف في أحكام الجنسية من دولة إلى أخرى من حيث اكتسابها وفقدها واستردادها وحلول تنازعها، من شأنه أن يؤدي على الصعيد الدولي إلى وجود أشخاص يتمتعون في وقت واحد بأكثر من جنسية وأشخاص لا يتمتعون بأية جنسية. وكذا إمكانية لجوء الأجنبي ناقص الأهلية بمقتضى قانونه الوطني إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته. وهذه الحالات تمثل إشكاليات في تطبيق نص المادة 10

* المؤلف المرسل.

ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2023 المجلد: السابع العدد: الأول ص.ص: 251 - 275

على أهلية الالتزام الصرفي، مما يستدعي البحث عن الحل تحت رداء المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص.

الكلمات المفتاحية: أهلية الملتزم الصرفي؛ قانون الجنسية؛ القانون الواجب التطبيق.

Abstract:

In the definition of the law governing the capacity of the commercial committed in Algerian legislation, the provisions of the general rules of civil law, particularly the provision of article 10, civil algerian concerning the capacity of legal acts in the absence of a provision on the capacity of commercial obligations. This article requires capacity to be subject to the Person's Nationality, which is the same principle adopted by the Geneva Convention regarding the capacity of the trade paper committed.

At the international level, however, differences in state-to-State citizenship provisions in terms of acquisition, loss, recovery and conflict solutions would result in persons with more than one nationality and persons of any nationality. also Under his national law, the foreigner could also resort to fraudulent ways to conceal his incapacity. These cases are problematic in applying the article 10 provision to the incapacity of commercial obligation, which calls for the search for a solution under the general principles of private international law..

Keywords: the commercial commited capacity, the nationality law, the applicable law.

مقدمة:

تعد الأهلية من الصفات اللصيقة بالشخص، ترافقه أينما وجد، وتعد أيضا من الشروط الموضوعية لصحة أي التزام قانوني، فاستنادا على هذا لا بد أن يتسم القانون الذي يحكمها بالاستقرار والثبات الذي يحقق امتداد سلطانه على الشخص دون انقطاع من يوم صدوره إلى يوم إلغائه.

وفي نطاق الأوراق التجارية يلزم فيمن يوقع على الورقة أن يكون أهلا للالتزام الصرفي، أيا كانت الصفة التي وقع بمقتضاها، ساحبا كان أو قابلا أو ضامنا احتياطيا[1].

تعتبر اتفاقيتي جنيف 1930–1931 المتعلقتين بالورقة التجارية (السفتجة، السند لأمر، الشيك) من أهم الجهوذ المبذولة في سبيل توحيد أحكام الأوراق التجارية وتقديم الحلول لحالات تنازع القوانين فيها. وتعتبر الاتفاقية مرجع العديد من الدول سواء المنضمة أو غير المنضمة لها، للاقتباس من قوانينها وسنها

[1] عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، ط2، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص94.

في قوانينها الداخلية. وفي هذا الصدد نشير إلى أنه بعدما أخضعت اتفاقية جنيف أهلية الملتزم بمقتضى الورقة التجارية لقانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، اقتبست منها العديد من التشريعات التجارية الوطنية، ومنها التشريع المصري والعراقي، هذا المبدأ، لما يتسم به قانون الجنسية من استقرار وثبات وهما صفتان مطلوبتان في القانون الذي يحكم الأهلية بوجه عام[2].

غير أنه بالرجوع للتشريع الجزائري نجد أن المشرع الجزائري لم يخص أهلية الالتزام الصرفي بنص خاص، وبالتالي يرجع في تحديد القانون الذي يحكم أهلية الملتزم بموجب الورقة التجارية لأحكام القواعد العامة في القانون المدني وبالأخص لنص المادة 10 مدني جزائري[3] والخاصة بأهلية التصرفات القانونية والتي تقضي كأصل عام إلى تطبيق قانون جنسية الشخص لتحديد أهليته، وخصت هذا الأصل باستثناء يُعمل به في حالة الجهل المغتفر بالقانون الأجنبي.

وهو استثناء يعتبر غير عملي في مجال الأوراق التجارية بالمقارنة مع الاستثناءات التي أتت بها اتفاقية جنيف لتغطي العيوب والصعوبات التي يثيرها تطبيق قانون الجنسية.

انطلاقا مما سبق ذكره، ونظرا لما يتميز به موضوع الأوراق التجارية بشكل عام في نطاق العلاقات الدولية الخاصة، سنحاول تسليط الضوء في هذه الدراسة على مسألة القانون الذي يحكم أهلية الالتزام الصرفي في الجزائر محاولين طرح التساؤل التالي: ما مدى ملاءمة قواعد الإسناد المنصوص عنها في المادة 10 مدني جزائري لحكم أهلية الالتزام الصرفي؟

تقتصر الدراسة على البحث على القانون الذي يحكم أهلية الالتزام الصرفي وفقا للقانون الجزائري واتفاقيتي جنيف 1930–1931 وبعض التشريعات المقارنة، على أن نستخدم في ذلك المنهج التحليلي، وكذا المنهج المقارن بمقارنة حكم المادة 10مدني جزائري مع أحكام اتفاقيتي جنيف وذلك لتحقيق أهداف الدراسة المتمثلة في الوقوف على الصعوبات العلمية التي تنشأ جراء إسناد حكم أهلية الالتزام الصرفي إلى حكم المادة 10 أي إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته، وإلى الاستثناء الوارد في ذات المادة.

---

[2] عدنان باقي لطيف، إشكاليات تطبيق قانون الجنسية على أهلية الالتزام الصرفي–دراسة مقارنة–ص منشور على الموقع الإلكتروني: https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=96312

[3] أنظر، الأمر رقم 75–58المؤرخ في 1975/09/26المعدل والمتمم بالقانون رقم 05–10المؤرخ في 20جوان 2005والقانون رقم 07–05المؤرخ في 2007/05/13المتضمن القانون المدني الجزائري.

ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2023 المجلد: السابع العدد: الأول ص.ص: 251 - 275

تبعا لهذه المعطيات، سيتم التعرض في المبحث الأول إلى موضوع خضوع أهلية الالتزام الصرفي لقانون الجنسية والصعوبات التي تعترضها، ثم يتم التعرض في المبحث الثاني إلى الاستثناءات الواردة على مبدأ خضوع أهلية الالتزام الصرفي لقانون الجنسية.

المبحث الأول: خضوع أهلية الالتزام الصرفي لقانون الجنسية والصعوبات التي تعترضها

يعتبر التعامل بالسندات التجارية من التعاملات التي تتطلب فيمن يلتزم بها ويوقع عليها أن يكون أهلا لمباشرة الأعمال التجارية، أيا كانت الصفة التي وقع بمقتضاها، ساحبا كان أو مظهرا أو قابلا أو ضامنا احتياطيا. ولضمان صحة هذه التوقيعات على مستوى العلاقات الخاصة الدولية كرست اتفاقية جنيف وغالبية الدول سواء المنضمة لها أو غير منضمة، قانون الجنسية في القواعد العامة في تنازع القوانين كمبدأ عام لحكم أهلية الالتزام الصرفي.

ووجود أشخاص يتمتعون في وقت واحد بأكثر من جنسية أي تعدد الجنسيات وأشخاص لا يتمتعون بأية جنسية، وهذا ما يطلق عليه بانعدام الجنسية. من شأنه أن يشكل عقبة في سبيل تطبيق قانون الجنسية على أهلية الملتزم بالسند التجاري، خاصة في ظل إغفال اتفاقيتي جنيف وضع نصوص تشريعية كفيلة بمعالجتها.

على هذا الأساس سيتم التطرق في هذا المبحث لتطبيق قانون الجنسية على أهلية الملتزم الصرفي وفقا لأحكام اتفاقيتي جنيف والقانون الجزائري والمقارن ثم يتم التطرق للصعوبات التي يثيرها تطبيق قانون الجنسية على أهلية الالتزام الصرفي.

المطلب الأول: تطبيق قانون الجنسية على أهلية الملتزم الصرفي وفقا لأحكام اتفاقيتي جنيف والقانون الجزائري المقارن

أوردت اتفاقيتي جنيف مبدأ عام مفاده خضوع أهلية الالتزام الصرفي للقانون الوطني للشخص (قانون الجنسية)، كما أن المشرع الجزائري على غرار التشريعات العربية واللاتينية[4] يسند الأهلية إلى قانون الجنسية وذلك حسب نص المادة 10 من القانون المدني الجزائري والتي يعتمد عليها في تحديد القانون الذي يحكم أهلية الملتزم الصرفي في ظل غياب نص خاص يحكم أهلية الالتزام الصرفي في القانون الجزائري.

أولا: تطبيق قانون جنسية الشخص وفقا لاتفاقيتي جنيف1930-1931

عالجت اتفاقية جنيف هذه المسألة في المادة 1/2 بقولها:" تحدد أهلية الملتزم بمقتضى الحوالة أو الكمبيالة أو السفتجة بموجب أحكام قانونه الوطني (قانون الدولة التي ينتمي إليها الملتزم بجنسيته)"[5] وبالتالي يخضع الملتزم بموجب سفتجة أو سند لأمر أو الشيك والمتنازع بموجبه حول صحة أهليته لقانونه الوطني، فلو كان محرر السفتجة في الجزائر فرنسي، فإن القانون الفرنسي هو الذي يحدد صحة أهليته من عدمها[6].

هذا فيما يتعلق بأهلية الشخص الطبيعي أما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص المعنوي فإن اتفاقيتي جنيف لم تتطرق لها بالإضافة إلى أنها لم تتطرق للحالة التي يكون فيها الملتزم الصرفي شخصا طبيعيا عديم الجنسية أو لاجئا أو متعدد الجنسية، كما أنها لم تتضمن أي نص يتعلق بأهلية سحب السند التجاري مما يعني أن هذه المسألة يحكمها التشريع الداخلي لكل دولة.

---

[4] تقابلها في التشريعات العربية: المادة 11 فقرة 1 من ق.المدني المصري، المادة 18 فقرة 1 ق.م.عراقي، المادة 12 أردني، ويقابلها في التشريعات اللاتينية، المادة 3/3 مدني فرنسي، المادة 1/9 مدني إسباني.

[5] Convention for The Settlement OF Certain Conflicts Of Law In connection with Bills of Exchange and promissorynotes. Signed at Genva. 7 June 1930 entred into force on 1 January 1934.League of Nations. Treaty Series.vol. CXLIII .p . 319 N . 3314 (1933-1934). Article2

[6] سمير جبر دويكات، تنازع القوانين في السفتجة الدولية (سند السحب) وفقا لمشروعي قانون التجارة والقانون المدني الفلسطيني (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت كلية الدراسات العليا معهد الحقوق، فلسطين،2005، ص43

ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2023 المجلد: السابع العدد: الأول ص.ص: 251 - 275

ثانيا: تطبيق قانون جنسية الشخص على أهلية الملتزم الصرفي وفقا للقانون الجزائري والقانون المقارن

بالرجوع لنص المادة 1/10 من ق.م نرى أن المشرع الجزائري وعلى غرار التشريعات المقارنة أخضع موضوع الأهلية لقانون الجنسية. وباعتبار الأهلية أنواع، أهلية أداء، أهلية وجوب وأهلية التقاضي ... فما هي الأهلية المقصودة في هذا الخصوص؟

الأهلية المقصودة بقاعدة الإسناد في المادة 1/10 هي أهلية الأداء العامة[7]، والتي مناطها القدرة على التعبير عن الإرادة، وبالتالي نطاقها يتحدد بالأعمال أو التصرفات القانونية التي تحتاج إلى الإرادة في إنشائها وكذلك في ترتيب آثارها[8]. أما باقي أنواع الأهلية فهي تخضع لقوانين أخرى، فمثلا أهلية الوجوب فهي لا تخضع للقانون واحد، وإنما يسري في شأنها القانون المختص بحكم الحق المراد معرفة ما إذا كان الشخص يتمتع به أم لا، فحق الشخص في أن يرث يخضع لقاعدة الإسناد التي تحكم الميراث، والتي تقضي بتطبيق قانون الجنسية، وحق الشخص في أن يتزوج من امرأة ثانية، يخضع لقانون جنسيته، وحق الشخص في أن يمتلك شيء ما يخضع للقانون الذي يحكم الملكية أي قانون موقع المال[9].

وفي موضوع الالتزامات الصرفية يجب أن يكون الموقع على الورقة التجارية أهلا لالتزامه الصرفي أيا كانت الصفة التي التزم بها، ساحبا كان أو مظهرا أو ضامنا احتياطيا أو قابلا، وذلك وفقا لقانون جنسيته، والذي يحدد من خلاله القانون الواجب التطبيق، يعتد بقانون الجنسية من وقت نشوء الالتزام الصرفي أي منذ تاريخ التوقيع على السند.

وتطبيقا لهذه القاعدة، إذا كان القانون الجزائري هو الواجب التطبيق بوصفه قانون جنسية الملتزم بالسند التجاري، وكان الملتزم قاصرا غير مرشد فيعتبر توقيعه على السند باطلا طبقا للمادة 393 من القانون التجاري التي تنص:" إن السفتجة التي توقع من القصر الذين ليسوا تجارا تكون باطلة بالنسبة لهم بدون أن ينال ذلك من الحقوق التي يختص بها كل من الطرفين بمقتضى المادة 191 من القانون المدني."

---

[7] أكد عليها المشرع التونسي صراحة في المادة 40 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي الذي جاء بموجب القانون رقم 98–97 الصادر في 27 نوفمبر 1998

[8] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج2 (تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، 2008، ص216–217.

[9] حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2001، ص94

أما فيما يتعلق بالتشريعات المقارنة[10] نرى أن المشرع العراقي عالج الأهلية –بوجه عام–في العلاقات الخاصة الدولية من خلال المادة 18 من القانون المدني رقم 40 لسنة 1951 النافذ حيث نصت الفقرة الأولى منها على أن "الأهلية يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته". بينما عالج الأهلية الخاصة بالملتزم بمقتضى الورقة التجارية في الحالات المتعلقة بتنازع القوانين من خلال نص المادة 48 من قانون التجارة النافذ رقم 30 لسنة 1984 إذ تنص الفقرة الثانية منها على أنه "يرجع في تحديد أهلية الالتزام بمقتضى الحوالة إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الملتزم بجنسيته..."[11]

يتضح من هذا أن المشرع العراقي لم يكتفي بما نص عليه في القواعد العامة مثلما فعل المشرع الجزائري، وإنما خص الالتزام الصرفي بنص خاص في قانون التجارة والذي أكد من خلاله تمسكه بما جاءت به اتفاقيتي جنيف من جهة وتأكيده من جهة ثانية على أهمية الالتزام الصرفي.

أما بالنسبة للتشريع المصري والذي يعتبر من أهم التشريعات التي يقتضي بها مشرعنا الجزائري، كان يعتمد في تحديده للقانون الذي يحكم أهلية الملتزم بموجب السند التجاري على نص المادة 11 من القانون المدني المصري التي تنص على أن:" الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم" وهذا قبل تدخل المشرع المصري بالقانون رقم 17 لسنة 1999 والذي نظم بموجبه نص خاص (المادة 388) المسألة الخاصة بالقانون الذي يحكم أهلية الالتزام الصرفي[12] . فقد نصت الفقرة الأولى من نفس المادة على أنه:" يرجع في تحديد أهلية الملتزم بموجب الكمبيالة إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته." وبالتالي المشرع المصري حذا حذو التشريعات المقارنة وأخذ بما جاء به القانون الموحد.

إلا أن المشرع المصري على عكس التشريعات المقارنة، نظم أحكام الأهلية التجارية تنظيما دقيقا، فأخضع الشخص سواء كان مصريا أو أجنبيا إلى القانون الوطني المصري وذلك في نص المادة 11 من قانون التجارة[13]، التي يفهم منها أن الأجنبي يستطيع ممارسة التجارة في مصر، ومنه الالتزام بموجب

---

[10] ينفرد نظام الأوراق التجارية السعودي الصادر في 1383/10/11 هجري بإخضاع أهلية الالتزام بالورقة التجارية لقانون الموطن، حيث نصت المادة 7 من هذا النظام على ما يلي "تتحدد اهلية الملتزم بالكمبيالة وفقا لنظام موطنه ومع ذلك لا يعتبر السعودي أهلا للالتزام بالكمبيالة إلا إذا بلغ من العمر ثماني عشر سنة"

[11] عدنان باقي لطيف، إشكاليات تطبيق قانون الجنسية على أهلية الالتزام الصرفي–دراسة مقارنة، المرجع السابق–ص123

[12] عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص103

[13] نصت المادة 11 على أنه:" –يكون أهلا لمزاولة التجارة مصريا كان أو أجنبيا:

•من بلغت سنه إحدى وعشرون سنة كاملة ولو كان قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته يعتبره قاصرا في هذه السن.

السند التجاري وذلك إذا بلغ 21 سنة كاملة بصرف النظر عن الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، أي حتى وإن كان قانون دولته يعتبره كامل الأهلية قبل هذه السن أو يضع سن الرشد أكثر من ذلك. والغاية من توحيد سن الرشد للمصريين والأجانب في المعاملات التجارية هي رفع المشقة عن المصريين المتعاملين مع الأجانب من البحث في قوانينهم الشخصية عن سن الرشد الخاص بهم. إضافة إلى الحد من قيام تنازع القوانين بهذا الخصوص.

المطلب الثاني: صعوبات تطبيق قانون الجنسية على أهلية الملتزم الصرفي

تختلف أحكام الجنسية من دولة إلى أخرى من حيث اكتسابها وفقدها واستردادها وحلول تنازعها، وهذا الاختلاف من شأنه أن يؤدي على الصعيد الدولي على وجود أشخاص يتمتعون في وقت واحد بأكثر من جنسية وأشخاص لا يتمتعون بأي جنسية.

فقد يكون الملتزم بالورقة التجارية شخص عديم الجنسية ويقع في مركز سلبي مما يثير إشكالات حول الدولة التي يتبعها قانونا في كل تصرفاته بما فيها التزامه بموجب ورقة تجارية أو قد يكون شخص متعدد الجنسيات يتبع أكثر من نظام قانوني وما يعرف بالتنازع الإيجابي، مما يؤدي إلى تعدد الأنظمة القانونية التي يتبعها وما يرافق ذلك من صعوبات حول تحديد جنسيته[14]. وبما أن قانون جنيف الموحد لم يتطرق لهذه الصعوبات كما أشرنا سابقا، فإنه ما علينا سوى الرجوع في تحديد مسألة القانون الواجب التطبيق على عديم الجنسية أو ناقصها لأحكام القواعد العامة والفقه السائد بهذا الخصوص وذلك على النحو الآتي:

أولا: انعدام جنسية الملتزم بالسند التجاري

إن انعدام الجنسية هو الوضع القانوني لشخص لا تعتبره كل الدول من رعاياها، ويطلق الكثير من الفقهاء على هذه الظاهرة التنازع السلبي للجنسيات، وهي تسمية خاطئة وغير دقيقة فنيا. لأن انعدام الجنسية لا يثير تنازعا بين الجنسيات أصلا، فكل الدول تتخلى عنه وهي ظاهرة مؤلمة تُلحق بالفرد أشد الأضرار،

•من أكمل الثامنة عشرة بالشروط المقررة في قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته وذلك بعد الحصول على إذن من المحكمة المصرية المختصة.

–لا يجوز لمن تقل سنه عن ثماني عشرة سنة أن يزاول التجارة في مصر ولو كان قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته يعتبره راشدا في هذه السن أو يجيز له الاتجار ....".

[14] عدنان باقي لطيف، المرجع السابق، ص127.

بحيث يجد عديم الجنسية نفسه تائها في الأرض مقطوع الصلة بوطن ما كالسفينة التي تسير في عرض البحر دون علم عرضة لمخاطر القرصنة ولا تدري إلى أي ميناء ترسو[15].

لقد تم وضع عدة معايير لتعيين القانون الشخصي لعديم الجنسية ومنها، نجد أن البعض ينادي بوجوب تطبيق قانون القاضي عليه[16]، أما جانبا آخر من الفقه يرى بضرورة تطبيق قانون آخر دولة كان يتمتع بجنسيتها، على أساس أنها أقرب جنسية صلة به، باعتبار أنه عاش في كنفها فترة من حياته، وأحكام قانونها معروفة لديه، وغير مخلة بتوقعاته واستقرار معاملاته. وقد حاول فريق من الفقه تلافي بعض عيوب الرأي السابق، فاقترح استثناء عديمي الجنسية، الذين لم تكن لهم أية جنسية سابقة من تطبيق المبدأ المذكور، وذلك بإخضاعهم لقانون الدولة التي ولدوا على إقليمها، أو لقانون الدولة المقيمين بها إذا لم يعرف مكان ميلادهم[17].

وقد ذهب رأي آخر، إلى تطبيق قانون جنسية الدولة التي جرد منها الشخص بطريقة تعسفية، وعليه يتجه الرأي الراجح فقها وقضاء، في كثير من الدول إلى تطبيق فكرة شبيهة بفكرة الجنسية الفعلية لتحديد مركز عديم الجنسية، وذلك باعتباره ينتمي إلى الدولة التي يتصل بها من الناحية العملية أكثر من سواها، وهي تتمثل عادة في وجود موطنه أو محل إقامته، أو التي يرتبط بها على نحو أو آخر وفقا للمعايير المختلفة، التي أخذ بها القضاء الدولي لتحديد الجنسية الفعلية[18]. وهذا الحل معمول به عند الكثير من التشريعات، منها التشريع الجزائري في تعديل القانون المدني في 20 جوان 2005، إذ أعاد صياغة المادة 22 على الشكل التالي:" وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة".

---

[15] خرشي عمر معمر، وضعية عديمي الجنسية بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر–بسكرة، العدد 5، 2018، ص 196.

[16] على أساس عدم وجود تنازع بين القوانين في هذا الفرض، وبالتالي لا وجه لإعمال قاعدة الإسناد. غير أن هذا الرأي معيب، لأن ذلك القانون قد لا يتلاءم مع طبيعة المسألة المطروحة، متى لم يكن عديم الجنسية متوطنا في دولة القاضي، ومن جهة أخرى فليس ثمة ما يبرر الرجوع إليه أصلا، مادامت توجد حلولا بديلة أكثر ملاءمة. (انظر، هشام علي صادق، الجنسية المصرية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،2002، ص458).

[17] هذا الرأي لم يسلم من النقد، بحيث لا يمكن تصور قبول هذا الحل في الفرض الذي يكون فيه الانعدام لاحقا على الميلاد، وذلك لأنه يبقى على رابطة لم يعد لها وجود. (أنظر، عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، دار الجامعية الجديدة، 2007، ص 723).

[18] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 722.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد طبق أحكام اتفاقية نيويورك المبرمة في 28 سبتمبر 1954، المتعلقة بالحماية الدولية لعديمي الجنسية[19]، والتي اهتمت بوضع عديمي الجنسية وبالقانون الواجب التطبيق عليهم، بحيث تقضي المادة 12 منها بخضوع أحوالهم الشخصية لقانون بلد موطنهم، أو لقانون محل إقامتهم إذا لم يكن لهم موطن. ولقد اعتمدت هذا الحل من قبل، المادة 12 من اتفاقية جنيف لعام 1951، المتعلقة بالحالة الدولية للاجئين السياسيين، والتي انضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم المؤرخ في 07 فيفري[20] 1963.

إن تطبيق قانون موطن عديم الجنسية في حالة تحديد القانون الواجب التطبيق على أهلية الملتزم بالورقة التجارية تسنده حجتان: الأولى أن هذا القانون يتسم بالثبات أكثر من قانون محل ابرام التصرف والذي من الممكن أن يجعل أمر تحديد أهلية الالتزام رهنا للصدفة، وذلك بحسب المكان الذي يوجد فيه الملتزم بالورقة التجارية حين التوقيع عليها. والثانية أن تطبيق قانون الموطن في هذه الحالة وبما يتصف به من ثبات يكون عامل ثقة واطمئنان بالنسبة للمتعاملين بالورقة التجارية[21].

هذا الحل حسب رأينا يتنافى والطبيعة الخاصة للسندات التجارية باعتبار أنها سندات معدة للتداول وتعتمد على السرعة والثقة في انتقالها. فالأفضل أن تخضع الأهلية في هذا الفرض لقانون محل نشوء الالتزام الصرفي، باعتباره حل قالت به اتفاقيتي جنيف 1930–1931، والسائد عند أغلب التشريعات اللاتينية.

ثانيا: تعدد جنسية الملتزم بالسند التجاري

تعد مشكلة التعدد في الجنسيات من المشاكل العالمية، ويرجع السبب في نشأتها بالدرجة الأولى إلى اعتراف القانون الدولي العام بالاختصاص المنفرد، والمانع للدولة في مسائل الجنسية[22].

والمشرع الجزائري على غرار جل التشريعات قد فتح مجالا واسعا لذيوع هذه الظاهرة، لاسيما من خلال التعديل الجديد الذي مس قانون الجنسية[23] الذي ألغى بموجبه نص المادة 03 من قانون الجنسية القديم التي

[19] صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم 64–173 المؤرخ في 1964/06/08، الج.ر العدد 15، سنة 1964، المؤرخ في 25 جويلية 1963

[20] موشعال فاطمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، رسالة ماجستير، جامعة أب بكر بلقايد تلمسان، 2012/2011، ص101–103.

[21] علي حميد عبد الرضا، تنازع القوانين في الأوراق التجارية–دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، بغداد، ص251.

[22] التنازع الإيجابي في الجنسية أو الجنسية المزدوجة أو الازدواج في الجنسية، أو التعدد في الجنسية كلها تعابير لمفهوم واحد: أن يتمتع الشخص الواحد قانونا بإرادته أو من دونها بأكثر من جنسية واحدة ثابتة قانونا. أنظر، أحمد عبد العزيز، مسألة تعدد الجنسيات وموقف القانون السوري منها، مجلة جامعة دمشق–المجلد 19، العدد 1، 2003، ص7.

كانت تشترط لاكتساب الجنسية الجزائرية تقديم تصريح بالتخلي عن الجنسية الأصلية. وبالتالي فإن للأجنبي حق الحصول على الجنسية الجزائرية دون تخليه عن جنسيته الأصلية، فيصبح بذلك مزدوج الجنسية.

هذا، فإن التعدد في الجنسية قد يحصل أيضا، لاسيما مع إقرار المشرع الجزائري لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في منح الجنسية الأصلية، وهذا ما عبرت عنه المادة 06 من قانون الجنسية الجديد بقولها "يعتبر جزائريا الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية"، وعلى ذلك فإن كانت الأم جزائرية مثلا، وكان الأب فرنسي أو مصري، فإن الطفل سيولد وهو يحمل جنسيتين، جنسية الأم وجنسية دولة الأب.

وعلى هذا الأساس فإن ظاهرة تعدد الجنسية لدى بعض الجزائريين تكون محققة، لذلك فقد عمل المشرع الجزائري وجل التشريعات على إيجاد حل لها[24].

وبالتالي إذا تعلق الأمر بشخص طبيعي متعدد الجنسية فقد جرى العمل وتواتر على ضرورة التفريق بين فرضين: بين ما إذا كان النزاع المتعلق بأهلية الملتزم بمقتضى السند التجاري قد عرض أمام دولة من الدول التي يحمل الشخص جنسيتها، أو أمام دولة أخرى من غيرها، ونعالج هذين الفرضين على النحو الآتي:

الفرض الأول: إذا كانت جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات التي يحملها الملتزم

وجب في هذا الفرض تطبيق قانون القاضي المعروض أمامه النزاع، وقد كرس المشرع الجزائري على غرار جل التشريعات[25]، قاعدة إسناد فردية مقررا بموجبها الاعتداد بالجنسية الجزائرية دون غيرها من الجنسيات المتنازعة، وهذا ما عبرت عنه المادة 2/22 بقولها"...غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق عندما تثبت للشخص في وقت واحد الجنسية الجزائرية بالنسبة إلى الجزائر، وجنسية أخرى بالنسبة لدولة أو عدة دول أجنبية".

---

[23] الأمر رقم 05–01 مؤرخ في 27 فبراير 2005، المعدل والمتمم للأمر 70–86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائري، المنشور في ج.ر العدد 15 لسنة 2005.

[24] زيدون بختة، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد–تلمسان–2010–2011، ص55،56.

[25] أخذت بهذا الحل أيضا الفقرة الثانية من المادة 25 من ق.م. المصري واتفاقية لاهاي سنة 1930 الخاصة بتنازع القوانين في الجنسية، والمادة 33 من القانون العراقي

ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2023 المجلد: السابع العدد: الأول ص.ص: 251 - 275

ويؤخذ بهذا الحل، سواء كانت الجنسية التي يحملها الشخص هي جنسية أصلية أو مكتسبة، وسواء كانت إقامته داخل الإقليم الجزائري أو خارجه[26].

ويعلل الفقه هذا الحكم بأن كل الدولة تضطلع بوضع قواعدها الخاصة بجنسيتها على ضوء ظروفها ومصالحها، وعلى القاضي بوصفه من الموظفين العموميين في النظام القانوني الداخلي أن ينصاع لأوامر مشرعه أولا وقبل كل شيء، فالمشرع آمر وعلى القاضي أن يطيع، وإلا خرج بذلك عن حدود وظيفته[27].

بالرغم من ذيوع وانتشار هذا الحل فقها وقضاءً، فإنه لم يسلم من النقد، ولا يمكن التسليم به بشكل مطلق في الوقت الحاضر للأسباب الآتية:

–إن تطبيق قانون جنسية القاضي قد يؤدي الى أحكام مجحفة في حق الشخص الذي يحمل أكثر من جنسية، لأنه سيعتبر من مواطني دولة القاضي ويخضع لأحكام قانون هذه الدولة في حين أنه قد لا يوجد له ارتباط حقيقي بها كأن يكون قد قطع صلته معها منذ فترة طويلة.

–بالإضافة إلى أن تطبيق هذا المبدأ يمكن أن يعيق عمل الاتفاقيات الدولية التي تعتمد الجنسية كضابط اسناد مثل اتفاقيتي جنيف لعام (1930 – 1931)، فإذا طبقت كل محكمة من محاكم الدول المنضمة إلى هذه الاتفاقية قانونها بالنسبة لشخص متعدد الجنسيات، فإن ذلك سيؤدي إلى انعدام التجانس والتوافق ووحدة الحلول في الأحكام، والتي كانت الهدف من الاتفاقية[28].

الفرض الثاني: عندما لا تكون جنسية القاضي من بين الجنسيات التي يحملها الملتزم بالسند التجاري

وجدت عدت حلول فقهية بخصوص هذا الفرض، وهي تقضي إما بتفضيل الجنسية التي تتفق أحكامها مع قانون جنسية دولة القاضي، أو ترك التحديد لصاحب العلاقة، أو تفضيل الجنسية الأقدم أو الجنسية الأحدث[29].

---

[26] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص166

[27] عدنان باقي لطيف، المرجع السابق، ص153.

[28] علي حميد عبد الرضا، المرجع السابق، ص36.

[29] سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار العلوم العربية للطباعة والنشر، بيروت–لبنان، 1994، ص 275.

ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2023 المجلد: السابع العدد: الأول ص.ص: 251 - 275

إلا أن الحل السائد في كثير من دول العالم هو ترك أمر حل التنازع لتقدير القاضي، فقد نصت المادة 1/22 ق.م.ج على أنه:" في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية."، وهو الحل الذي قال به المشرع المصري في الفقرة الثانية من المادة 25. ويقول الفقه بهذا الخصوص بتغليب الجنسية الفعلية على غيرها من الجنسيات التي يتمتع بها الفرد، لأنها أكثر تماشيا مع الواقع وأكثر انسجامًا مع المبدأ الأساسي الذي بُنيَتْ عليه فكرة الجنسية[30].

المبحث الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ خضوع أهلية الالتزام الصرفي لقانون الجنسية

بالإضافة للمبدأ العام الذي أقرته المادة الثانية من اتفاقية جنيف 1930–1931 المتعلقة بالسفتجة والسند لأمر والشيك، والقائل بوجوب تطبيق القانون الوطني في مسائل الأهلية، أوجدت المادة استثناءين لهذا المبدأ كما أوردت تحفظا على ذلك.

وبالرجوع للمادة 10 من القانون المدني الجزائري، نرى أن المشرع أورد استثناء على قاعدة خضوع أهلية التصرفات القانونية لقانون الجنسية، وذلك في المعاملات المالية التي قد يؤدي تطبيق قانون الجنسية عليها في غالب الأحيان إلى الإضرار بمصالح المواطنين الذين يجهلون القانون الشخصي للأجنبي الذي يتعامل معهم، وبمقتضى هذا الاستثناء يحظر على الأجنبي الاحتجاج بعدم أهليته وفق قانونه الوطني إذا كان أهلا للتعاقد وفقا للقانون الذي جرى العقد في ظله، وهذا وفق شروط معينة. وهذه الشروط الواردة في المادة 2/10 من ق.م.ج هي بمثابة استثناءات على المبدأ العام كما سيتم توضيحه

المطلب الأول: الاستثناءات الواردة وفقا لاتفاقيتي جنيف 1930–1931

نصت الفقرة الثانية من المادة 2 من اتفاقية جنيف 1930 على أنه "وإذا كان الشخص ناقص الأهلية وفقا للقانون المشار إليه في الفقرة السابقة فإن التزامه يبقى مع ذلك صحيحا إذا وضع توقيعه في إقليم دولة يعتبره تشريعها كامل الأهلية ولكل دولة الحق في ألا تعترف بصحة التزام أحد رعاياها بمقتضى سفتجة

[30] عكاشة عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، الدار الجامعية، لبنان، 1991، ص 139.

أو سند لأمر أو شيك إذا كان هذا الالتزام لا يعتبر صحيحا في إقليم الدولة المتعاقدة الأخرى إلا بتطبيق الفقرة السابقة من هذه المادة".

وأضافت اتفاقية جنيف 1931 فقرة اخرى تتعلق بالإحالة من القانون الوطني إلى قانون آخر وجاء نصها كالآتي:"...فإذا أحال القانون الوطني على قانون دولة أخرى كان هذا القانون الأخير هو الواجب التطبيق".

يتضح من هذه الفقرة أن واضعي الاتفاقية اعتمدوا على استثناءين يتعلق أولهما بالإحالة إلى قانون آخر غير قانون جنسية الملتزم، وثانيهما بتطبيق قانون الدولة التي نشأ فيها الالتزام على النحو الآتي:

أولا: الإحالة من القانون الوطني إلى قانون آخر

يقصد بهذا الاستثناء أنه في حالة ما إذا أحال القانون الوطني للملتزم الصرفي إلى قانون آخر فإنه يتم تطبيق القانون المحال إليه.

الإحالة هي ببساطة أن القاضي المطروح أمامه النزاع يتعين عليه أن يعود لقواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص، وأن يقبل بما تشير إليه هذه القواعد من اختصاص لقانون القاضي، أو لقانون أجنبي آخر[31]. وللإحالة صورتان، إحالة من الدرجة الأولى وهي حينما تسند قاعدة التنازع في قانون القاضي العلاقة القانونية إلى قانون أجنبي، أما الإحالة من الدرجة الثانية وهي حينما يحيل القانون المختص إلى قانون آخر غير قانون القاضي وقد تستمر سلسلة الإحالة نظريا إلى قانون ثالث ورابع كلما رفض القانون المعين الاختصاص وأحاله على قانون آخر[32].

وانطلاقا من هذا المفهوم نتساءل هل مقصود واضعو الاتفاقية هو الأخذ بالقواعد الموضوعية للقانون المحال إليه من القانون الوطني أم الأخذ بقاعد التنازع في القانون الأجنبي المحال إليه والتي قد تحيل إلى قانون آخر؟

إجابة على هذا السؤال نقول بأن الإحالة التي تقصدها الاتفاقية تشمل النوعين معا، فقد تكلم النص بصفة مطلقة عن الإحالة لقانون دولة أخرى (the law of another contry) فلو كان المقصود هو الإحالة إلى قانون القاضي (الإحالة من درجة واحدة) لكان النص قد أشار إلى تطبيق القواعد الموضوعية في القانون

[31] نور الدين بوسهرة، الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، العدد 12، 2011، ص35،36.

[32] الطيب الزروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين (في ضوء القانون 05–10 المؤرخ في 20 جوان 2005)، ط2، مطبعة الفسيلة، الجزائر،2008، ص114.

المحال إليه دون قواعد التنازع، أو كان قد تضمن تحفظا صريحا على غرار التحفظ الذي يتضمنه النص المذكور بخصوص الاستثناء الآخر القاضي بتطبيق قانون الدولة التي نشأ فيها الإلتزام[33].

وهناك بعض من الفقه[34] أكد على أن الاتفاقية أخذت بالإحالة التي تتم لمرة واحدة دون الاعتداد بالإحالة الثانية أي ضرورة تطبيق القواعد الموضوعية لقانون الدولة المحال إليها دون قواعد الاسناد في هذا القانون وذلك قصد تلافي المشاكل التي تترتب على قبول الإحالة المتعاقبة.

بالرغم من أن الاحالة المتعاقبة من شأنها أن تعيق تداول السند التجاري، فإن واضعي الاتفاقية لم يتداركوا هذه الهفوة وأخذوا بالإحالة على إطلاقها.

وفي الأخير نقول بأن الاعتماد على هذا الاستثناء راجع إلى رغبت المؤتمر في تشجيع الدول الأنجلوسكسونية على الانضمام لاتفاقيات جنيف باعتبار أن هذا الحل يسمح بإخضاع أهلية الملتزم الإنجليزي أو الأمريكي لقانون موطنه أو لقانون محل نشوء الالتزام[35]، حيث تسند قواعد التنازع في القانون الانجليزي حكم الأهلية كقاعدة عامة إلى قانون الموطن بينما تسند قواعد التنازع للقانون الأمريكي باستثناء ولاية لوسيانا الأهلية للقانون الذي يحكم التصرف القانوني[36].

كما أنه نحن من مؤيدي الفقه الذي نادى بتطبيق القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي دون قواعد التنازع التي قد تحيل بدورها إلى قانون ثالث ورابع وبالتالي نكون أمام حلقة مفرغة مما يفقد السند أهم خصائصه المتمثلة في السرعة والائتمان، وبالتالي كان على واضعي الاتفاقية تحديد القواعد الواجب الأخذ بها عند الاحالة من القانون الوطني إلى القانون الأجنبي.

ثانيا: تطبيق قانون محل نشوء الالتزام

تسهيلا لعملية تداول السندات التجارية، اعتبرت الفقرة الثانية من المادة 2 من الاتفاقيتين أنه يعتبر صحيحا التصرف الصادر من قبل ملتزم صرفي ناقص الأهلية وفقا لقانونه الوطني أو وفقا للقانون المحال إليه من قبل قانونه الوطني، بينما يكون كامل الأهلية طبقا لقانون الدولة التي تم فيها الالتزام.

[33] عدنان باقي لطيف، المرجع السابق، ص 130.

[34] منهم عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص97.

[35] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع نفسه، ص96.

[36] أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع القوانين في مسائل الأهلية، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، 1989، ص17.

وقد طبق هذا الاستثناء بقصد تيسير تداول السندات التجارية ولضمان سرعة انتقالها وحماية الحامل حسن النية الذي يكفيه التأكد من أن الملتزم كامل الأهلية وفقا لقانونه الوطني أو قانون الدولة التي نشأ الالتزام فيها، فإذا كان الكشف عن قانون الجنسية أمرا غير ميسورا في نطاق الالتزامات الصرفية، فإن قانون محل إبرام التصرف من شأنه أن يحقق الحماية الكافية[37].

انتقد الفقه الفرنسي بشدة هذا الاستثناء من أهمها:

–إن من شأن هذا الحل التضحية بمصالح الأشخاص القاصرين الذين يضعون توقيعهم على ورقة تجارية في دولة يعتبرهم قانونها كاملي الأهلية، لأن قانون هذه الدولة هو الذي سيكون واجب التطبيق بدلا من قانونهم الوطني[38].

–كما أن هذا الاستثناء يفتح الباب أمام الغش نحو القانون بحيث يمكن للقاصر وفقا لقانونه الوطني أن يتحايل على هذا القانون باللجوء لدولة يعتبر فيها كاملا الأهلية وأهلا للالتزام الصرفي.

وتحسبا لمثل هذه التحايلات على القانون وضع المؤتمرون في جنيف تحفظا في آخر المادة الثانية والذي نص على أنه:" لكل دولة الحق في ألا تعترف بصحة الالتزام الذي يجريه أحد رعاياها بمقتضى سفتجة (كمبيالة) أو سند لأمر أو شيك إذا كان الالتزام لا يعتبر صحيحا إلا بمقتضى حكم الاستثناء السابق."

وقد أخذت بعض الدول مثل فرنسا بهذا التحفظ، بينما لم تأخذ به دول أخرى مثل ألمانيا والنمسا وسويسرا[39].

وقد كان هذا التحفظ موضع انتقاد شديد إلى الحد الذي وصفه المندوب الايطالي بأنه ينطوي على "إقرار صريح بالغش في المعاملات التجارية".

هذا الوضع الغامض الذي وقع فيه واضعو الاتفاقية، من إدراجهم في المادة 2 المتعلقة بالأهلية لمبدأ ثم استثناء ثم تحفظ، يمكن القول فيه أنه يمس بسلامة الالتزامات الصرفية ويخلق ارتباكا فيها، مما يجعل الأمر متوقف في تحديد صحة الالتزام الصرفي على المحكمة التي يثار أمامها النزاع، التي قد يختلف فيها الحل من دولة لأخرى والذي يسمح هذا التحفظ للمحكمة إما أن ترفض إعمال الاستثناء المنصوص عليه

[37] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص99.

[38] علي حميد عبد الرضا، المرجع السابق، ص24.

[39] H Arminjon, Précis de Droit international privé commercial, paris, Dalloz,1948.N 285

في المادة 2 فقرة 2 إذا كان الملتزم وطنيا بينما تقبله إذا كان الموقع على السند أجنبيا[40].

حسب رأينا مما تقدم فإنه بالرغم من بعض الثغرات والهفوات التي وقع فيها واضعو الاتفاقية من خلال نص المادة 2 المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على أهلية الالتزام الصرفي، والتي من شأنها أن تؤدي إلى باب مسدود الذي يؤدي بدوره إلى قيام تنازع جديد. إلا أن هذا لا يغير من أهمية المادة 2 في إعطائها لحلول على تنازع القوانين على أهلية الالتزام الصرفي، وتيسيرها لعملية التداول.

المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة في المادة 2/10 مدني جزائري

بالرغم من أهمية قانون الجنسية في حل تنازع القوانين على الأهلية إلا أن هذا القانون يثير صعوبات كثيرة في نطاق العلاقات الخاصة الدولية وبالأخص فيما يتعلق بالالتزامات الصرفية، على إثر ذلك تم وضع استثناءات أو حلول أخرى، سنرى إن كانت تتناسب مع الوضع الخاص للسندات التجارية وتتمثل في:

أولا: الاستثناء الخاص بالجهل المغتفر بالقانون الأجنبي

حماية للمصلحة الوطنية[41] للشخص، أدرج المشرع الجزائري استثناء على قاعدة خضوع الأهلية للقانون الوطني للشخص في الفقرة الثانية من المادة 10 من ق.م، وهذا الاستثناء مستوحى من أحكام القضاء الفرنسي الصادرة على قضية مشهورة المعروفة بقضية "ليزاردي" التي تعلقت أحداثها بالسندات التجارية. وجاء نص الفقرة الثانية كالآتي:" ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر، وتنتج آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية، وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة."

مفاد هذا الاستثناء في الالتزامات الصرفية، أنه إذا تم التوقيع على السند في الجزائر مع أجنبي ناقص الأهلية وذلك وفقا لقانون جنسيته وكاملا لها وفقا للقانون الجزائري، فيعتبر أهلا للالتزام متى تبين أنه لم يكن من السهل على الحامل أن يكشف نقص هذه الأهلية[42].

---

[40] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 101–102.

[41] المصلحة الوطنية تعني عدم تطبيق قانون الجنسية للأجنبي وإنما تطبيق قانون القاضي في أهلية ذلك الأجنبي.

[42] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص114.

بالرغم من أن هذا الاستثناء جاء بغية تحقيق الحماية الكافية في السندات التجارية إلا أن المشرع الجزائري أقره لحكم أهلية الأداء الخاصة بالتصرفات القانونية بصفة عامة، ولا يمكن اعتباره كنص خاص بالسندات التجارية. مما يدفعنا للتساؤل عن مدى ملائمة هذا الاستثناء في نطاق الالتزامات الصرفية؟

قبل الإجابة على هذا التساؤل تجب الاشارة إلى أن تطبيق الاستثناء المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 10 السابقة الذكر يتطلب توافر شروط معينة، كما أن له أساس يقوم عليه.

–شروط إعمال الاستثناء:

من شروط إعمال نص المادة 2/10 ق.م ما يلي:

–الشرط الأول: أن يكون التصرف الذي قام به الأجنبي من التصرفات المالية وهذا الشرط يتلاءم وطبيعة السندات التجارية، أما التصرفات القانونية المتعلقة بمواد الأحوال الشخصية مثل الزواج فهي تخرج من مجال إعمال الاستثناء[43].

–الشرط الثاني: أن يبرم التصرف في الجزائر وينتج آثره فيها، بحيث لا يكفي لتحقق أحد الشرطين بأن يبرم التصرف في الجزائر ولكن ينتج آثاره في الخارج أو يبرم في الخارج وينتج آثاره في الجزائر بل لابد من تلاءم الأمرين معا وحصولهما في الجزائر معا[44]. وهذا الأمر يتعارض مع طبيعة السند التجاري وخصائصه بالأخص انتقاله من يد ليد ومن مكان لآخر عن طريق التظهير.

وهذا لا يتطابق مع المنطق الذي يقتضي التسوية دون تمييز بين ما إذا كان التصرف قد ابرم في الجزائر في هذا الفرض أو خارجها، لأن الحل الأول هو حل قاصر لا يستجيب لمتطلبات التجارة في العلاقات الخاصة الدولية، التي تسعى إلى تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة، وهذا لا يتأتى سوى بحماية المعاملات الدولية دون تفرقة بين تلك التي تقوم داخل حدود الدولة وتلك التي تقوم خارج هذه الحدود[45].

---

[43] هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص (الكتاب الثاني: تنازع القوانين)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 1999، ص313.

[44] الطيب الزروتي، المرجع السابق، ص155.

[45] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص116.

–الشرط الثالث: أن يكون نقص أهلية العاقد الأجنبي يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، بمعنى يجب أن يكون الطرف الآخر معذورا في جهله بنقص أهلية المتعاقد الأجنبي، فإذا كان ظاهرا لا خفاء فيه، كما لو كان صبيا صغيرا، أو مجنونا جنونا مطبقا، فلا يعمل بهذا النص[46]، ولقضاة الموضوع السلطة التقديرية في ذلك، بحيث يكون هذا التقدير وفقا لمعيار موضوعي وهو معيار الرجل العادي[47].

–الشرط الربع: لم يتضمن نص المادة 2/10 ق.م.ج صراحة هذا الشرط، ولكنه شرط بديهي ومنطقي، ومفاده أن يكون المتعاقد الأجنبي كامل الأهلية وفقا للقانون الجزائري، وناقصها وفقا لقانونه الوطني، أي إذا كان المتعاقد مع أجنبي يُعذر في جهله بنقص أهليته وفقا لقانونه الشخصي، فإنه لا يُعذر بنقص أهليته وفقا للقانون الجزائري[48].

–أساس الاستثناء:

اختلفت وتباينت الآراء حول الأساس القانوني لهذا الاستثناء، بحيث هناك من يرجعه إلى فكرة "المصلحة الوطنية" ومقتضى هذه الفكرة الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي متى كان يضر بمصالح المتعاقد الوطني. وقد تم انتقاد هذا التبرير على أساس أنه يفرق بين الوطني والأجنبي، عكس ما تسعى إليه قواعد القانون الدولي الخاص من حماية لمصلحة الوطني والأجنبي دون تمييز، كما أن هذا من شأنه تجاهل القانون الأجنبي في كثير من الفروض بدعوى حماية المصلحة الوطنية[49]. كما أن هناك من يرجعه لفكرة النظام العام[50] وفكرة الاثراء بلا سبب[51]، إلا أن الراجح من هذه الآراء هو مأخوذ من تبرير حكم محكمة

---

[46] يوسف فتيحة، إشكاليات تنازع القوانين في الالتزامات الصرفية، مداخلة ملقاة في يوم دراسي حول "إشكاليات ممارسة الحقوق في العلاقات الخاصة الدولية–واقع وآفاق"، مخبر القانون الخاص الاساسي، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 27 جانفي 2016، غير منشورة.

[47] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 223.

[48] طيب زروتي، المرجع السابق، ص 15

[49] هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص 302.

[50] أي يستبعد القانون الأجنبي باسم النظام العام مدام أنه يضر بمصلحة الوطني، وقد تم انتقاد هذا على أساس أن استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام يكون فقط في الحالة التي يتعارض فيها هذا الأخير مع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي.

[51] ومفاد ذلك أن المتعاقد الأجنبي الذي يتمسك بنقص أهليته لإبطال العقد الذي ابرمه يعتبر قد أثري على حساب الطرف الوطني، وبالتالي يتم اخضاع النزاع بينهما لقانون الدولة التي حدثت فيها واقعة الإثراء.

النقض الفرنسية لحكمها في قضية "ليزاردي"، التي قررت فيه أن المتعاقد الوطني يعد معذورا في جهله للقانون الأجنبي وهذا راجع لمعاملة القضاء الفرنسي للقانون الاجنبي معاملة الوقائع، وبالتالي يكون للقاضي السلطة التقديرية فيما إذا كان المتعاقد الأجنبي يعذر بجهله لأحكام القانون الأجنبي أم لا[52].

ثانيا: وجود نص في قانون خاص أو معاهد

حسب نص المادة 21 من ق.م.ج التي تقضي" لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص، أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر." فإنه إذا وجد نص خاص بشأن أهلية الالتزام الصرفي في القانون الجزائري، أو في معاهدة دولية نافذة في الجزائر، وتطبيقا لقاعدة "الخاص يقيد العام" ومبدأ سمو المعاهدة على الدستور[53]، لا يطبق قانون الجنسية على أهلية الملتزم الصرفي.

ولعدم وجود هذين المسألتين أي عدم وجود نص خاص أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر بخصوص أهلية الالتزام الصرفي فإنه يبقى نص المادة 10 ق.م.ج الساري المفعول بهذا الخصوص، عكس ما أقرته بعض التشريعات كالقانون الإنجليزي وبعض التشريعات العربية وذلك على النحو الآتي:

إن أهلية ابرام التصرفات القانونية بصفة عامة في انجلترا محل اختلاف، فهناك من يرى[54] أن الأهلية الازمة لإبرام العقود التجارية يحكمها قانون محل ابرام العقد وليس القانون الشخصي للملتزم. بينما رأي آخر يرى أن الأهلية تخضع أيضا لقانون محل إبرام الالتزام، إلا أن حالات نقص الأهلية أو انعدامها – التي يفرضها قانون محل نشوء الالتزام–لا تسري في مواجهة الأشخاص المعتبرين كاملي الأهلية وفقا لقانونهم الشخصي[55].

أما الحل السائد في بعض التشريعات العربية فإننا نرى أنها نقلت إلى قوانينها الداخلية ما جاء به القانون الموحد في المادة 2/2، كالتشريع المصري الذي بعدما كان يعتمد على حكم القاعدة العامة الواردة في المادة 1/11 القانون المدني المصري في خصوص الأوراق التجارية، والاستثناء الذي يعمل به في حالة الجهل المغتفر بالقانون الأجنبي، نظم المشرع المصري مسألة أهلية الالتزام الصرفي بنص خاص من

[52] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص303–304.

[53] يوسف فتيحة، إشكاليات تنازع القوانين في الالتزامات الصرفية، المرجع السابق،

[54] Disey and Morris, the conflict of law, volume 2, 10 the edition, London, 1980, P.846

[55] عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص118.

خلال القانون رقم 17 لسنة 1999 وذلك استنادا لرأي الفقه[56] الذي له الدور الكبير في معاونة المشرع وتقديم الحلول الملائمة للقضاء وقد جاء نص المادة 388 من التقنين التجاري المصري الجديد كالآتي:"

- يرجع في تحدد أهلية الملتزم بموجب الكمبيالة إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته.
- وإذا كان القانون الواجب التطبيق يعتبر الملتزم بموجب الكمبيالة ناقص الأهلية فإن التزامه يبقى صحيحا إذا وضع توقيعه على الكمبيالة في دولة يعتبر قانونها كامل الأهلية."

ويسري حكم هذا النص أيضا في شأن السند لأمر تطبيق لنص المادة 470 من نفس القانون.

إذن بالرغم من أهمية القانون الشخصي وتحقيق فكرة "المصلحة الوطنية" في مسألة الأهلية إلا أن هذه التشريعات ذهبت إلى أبعد ما يقره الاستثناء الذي يقضي بأن يكون "نقص الأهلية مرجعه سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر" واستغناءها على هذا الاستثناء في نطاق الأوراق التجارية تعزيزا وتأكيدا لها على الدور الذي تؤديه هذه الأخيرة في نطاق العلاقات الخاصة الدولية.

في الأخير، ومتى ما أردنا المقارنة بين حكم المادة 2/10 ق.م.ج والحكم الذي تضمنته اتفاقيتي جنيف نرى أن هذا الأخير يذهب إلى أبعد مما أشار إليه التشريع الوطني، فالاختصاص المنعقد لقانون محل نشوء الالتزام في ظل اتفاقيتي جنيف يثبت بالتزاحم مع القانون الوطني للشخص ومتى كان أصلح وأفضل للحامل هذا من ناحية أولى، أما من ناحية ثانية فإن إعمال قانون الجنسية يبقى في نطاق محصور بحيث لا يطبق إلا إذا كان أقل شدة من قانون محل نشوء الالتزام.

الخاتمة:

في ختام هذه الدراسة تتضح المشاكل الأساسية التي يثيرها إسناد حكم أهلية الالتزام الصرفي للمادة 10 مدني جزائري باعتبارها مادة مقررة لتنظيم التصرفات القانونية بصفة عامة لا تسري بخصوص التصرفات التي تكون لها طبيعتها الخاصة بها.

[56] إن ما سطره وحلله الفقيه عكاشة عبد العال في مؤلفه تنازع القوانين في الأوراق التجارية في طبعته الأولى سنة 1988 هو عينه الذي أخذ به المشرع المصري في التقنين التجاري الجديد.

ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2023 المجلد: السابع العدد: الأول ص.ص: 251 - 275

في هذا الإطار رأينا أن اتفاقية جنيف 1930–1931 جاءت في أحكامها بمبدأ عام ليحكم أهلية الملتزم بالورقة التجارية، وهو خضوعها لقانون الجنسية، فهذا المبدأ هو المستقر عليه في القانون الدولي الخاص، وقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1/10 ق.م فيما يخص أهلية التصرفات القانونية.

وقد بينا أن إخضاع أهلية الالتزام الصرفي إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الملتزم بجنسيته، أمر يثير صعوبات بالغة على النحو الذي لا نتردد معه في القول بعدم ملاءمة هذا الضابط في خصوص الأوراق التجارية. فمن شأن هذا القانون أن يؤثر على أداء الورقة التجارية لوظيفتها الجوهرية، التي تتمثل في التداول السريع عن طريق التظهير الذي يتم بين عدد من المظهرين يفترض عدم تعارفهم.

ولقد رأينا أن واضعي اتفاقيتي جنيف تجنبا منهم لهذه الصعوبات أوردوا استثناء على المبدأ القائل بإخضاع أهلية الملتزم لقانونه الوطني، ومفاده تطبيق قانون محل نشوء الالتزام بالتزاحم مع القانون الوطني، وهذا لضمان سرعة تداول السند بحيث لن يكون حاملها مكلفا بالرجوع إلى القانون الوطني للملتزم الآخر للوقوف على صحة التزامه ورأينا أن هذا الحل أخذت به بعض التشريعات العربية بالرغم من عدم انضمامها للاتفاقية.

أما فيما يخص المشرع الجزائري فقد رأينا أولا أنه لم يدرج نص خاص يحكم أهلية الالتزام الصرفي وبالتالي رجعنا للقواعد العامة وبالأخص المادة 10 ق.م والتي بدورها أدرجت استثناء على قاعدة خضوع أهلية الشخص لقانونه الوطني، والذي كان القصد منه–إلى جانب حماية الشخص العاقد في أهليته بإخضاعه لقانون جنسيته–حماية المعاملات وتأمينها متى أبرمت في الجزائر ولو صدرت عن أجنبي.

إلا أن هذه المعالجة جاءت ناقصة إذ هي تعجز عن تغطية الفرض الذي يتم فيه التوقيع على السند في الخارج ولو كان يرتب آثاره في الجزائر، كما أنها تعجز عن تغطية الفرض الذي يتم فيه التوقيع على السند في الجزائر ويكون مرتبا لآثاره في الخارج رغم أن سلامة المعاملات وبصفة أخص في نطاق الأوراق التجارية، توجب توحيد الحكم.

وفي الأخير وأمام الصعوبات والمشاكل التي يثيرها تطبيق نص المادة 10 مدني على أهلية الملتزم بالورقة التجارية، على مشرعنا الجزائري أن يحذُو حذوَ التشريعات المقارنة ويأخذ بما جاءت به اتفاقيتي جنيف 1930–1931 بشأن القانون الواجب التطبيق على أهلية الملتزم الصرفي، ويتم بذلك تطبيق قانون محل إبرام التصرف جنبا إلى جنب مع قانون الجنسية. ويكون ذلك بالاستناد لنص المادة 23 مكرر 2 مدني جزائري التي تقضي بالرجوع للمبادئ العامة في القانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: النصوص القانونية

-Convention for The Settlement OF Certain Conflicts Of Law In connection with Bills of Exchange and promissorynotes. Signed at Genva. 7 June 1930 entred into force on 1 January 1934.League of Nations. Treaty Series.vol. CXLIII .p . 319 N . 3314 (1933-1934).

– مجلة القانون الدولي الخاص التونسي الذي جاء بموجب القانون رقم 98–97 الصادر في 27 نوفمبر 1998.

– الأمر رقم 75–58المؤرخ في 1975/09/26المعدل والمتمم بالقانون رقم 05–10المؤرخ في 20جوان 2005 والقانون رقم 07–05المؤرخ في 2007/05/13المتضمن القانون المدني الجزائري.

– الأمر رقم 05–01 مؤرخ في 27 فبراير 2005، المعدل والمتمم للأمر 70–86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائري، المنشور في ج.ر العدد 15 لسنة 2005.

– المرسوم 64–173 المؤرخ في 1964/06/08، الج.ر العدد 15، سنة 1964، المؤرخ في 25 جويلية 1963

ثانيا: الكتب

1–العربية:

– أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع القوانين في مسائل الأهلية، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، 1989.

– أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج2 (تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، 2008.

– الطيب الزروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين (في ضوء القانون 05–10 المؤرخ في 20 جوان 2005)، ط2، مطبعة الفسيلة، الجزائر،2008.

– حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2001.

– سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار العلوم العربية للطباعة والنشر، بيروت–لبنان، 1994.

– عكاشة عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، الدار الجامعية، لبنان، 1991.

– عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، دار الجامعية الجديدة، 2007.

– عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، ط2، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.

– هشام علي صادق، الجنسية المصرية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،2002.

– هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص (الكتاب الثاني: تنازع القوانين)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 1999.

– هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.

2–الأجنبية:

– Disey and Morris, the conflict of law, volume 2, 10 the edition, London, 1980.

- H Arminjon, Précis de Droit international privé commercial, paris, Dalloz,1948

ثالثا: الرسائل والمذكرات

– زيدون بختة، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد–تلمسان–2010–2011.

– سمير جبر دويكات، تنازع القوانين في السفتجة الدولية (سند السحب) وفقا لمشروعي قانون التجارة والقانون المدني الفلسطيني (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت كلية الدراسات العليا معهد الحقوق، فلسطين،2005.

– علي حميد عبد الرضا، تنازع القوانين في الأوراق التجارية–دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، بغداد،

– موشعال فاطمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، رسالة ماجستير، جامعة أب بكر بلقايد تلمسان، 2012/2011.

رابعا: المقالات

– أحمد عبد العزيز، مسألة تعدد الجنسيات وموقف القانون السوري منها، مجلة جامعة دمشق–المجلد 19، العدد 1، 2003

– خرشي عمر معمر، وضعية عديمي الجنسية بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر–بسكرة، العدد 5، 2018.

– نور الدين بوسهرة، الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، العدد 12، 2011.

خامسا: أشغال الملتقيات

–يوسف فتيحة، إشكاليات تنازع القوانين في الالتزامات الصرفية، مداخلة ملقاة في يوم دراسي حول "إشكاليات ممارسة الحقوق في العلاقات الخاصة الدولية–واقع وآفاق"، مخبر القانون الخاص الاساسي، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 27 جانفي 2016، غير منشورة

سادسا: المواقع الإلكترونية

–عدنان باقي لطيف، إشكاليات تطبيق قانون الجنسية على أهلية الالتزام الصرفي–دراسة مقارنة–ص منشور على الموقع الإلكتروني: https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=9631