وزارة التعليـم العـالي والبحـث العلمـي

جامعة غرداية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: الحقوق

تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي في ميدان: الحقوق والعلوم السياسية

شعبة: الحقوق

تخصص: القانون الخاص

من إعداد الطالبة :

- حروز رزيقة

تحت اشراف الأستاذ :

د. الراعي العيد

. لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
د. بابا عمي الحاج أحمد	أستاذ محاضر ب	جامعة غرداية	رئيسا
د.الراعي العيد	أستاذ محاضر ب	جامعة غرداية	مشرفا ومقررا
د. بن بادة عبد الحليم	أستاذ مساعد ب	جامعة غرداية	ممتحنا

السنة الجامعية : 2019 / 2020

بسم الله الرحمن الرحيم

يقول عماد الأصفهاني

﴿ إني رأيت أنه لا يكتب إنساناً كتابا في يومه إلا قال في غده

لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد هذا لكان أفضل، ولو قدّم

هذا لكان أقوم، وترك هذا لكان أجمل.

هذا من أعظم العبر, وهو دليل على استيلاء النقص على

جملة البشر..... ﴾

شكر وتقدير

أشكر الله وأحمده على اعانته لي وتوفيقه لي في السير على درب العلم و الهمني القوة والعزيمة للقيام بهذا العمل المتواضع، أتوجه بجزيل الشكر والامتنان إلى الأستاذ المشرف الدكتور:

الراعي العيد

الذي تفضل بقبوله الاشراف على هذه المذكرة، والذي لم يبخل و لو للحظة واحدة في توجيهه فكان نعم المعلم والموجه والناصح كما أوجه اليه بخالص التقدير والشكر عن كبر تواضعه والصدق في نصحه والأمانة في إرشاده فمني لك أستاذ الكريم أزكى عبارات الشكر والتقدير جزاك الله ألف خير.

كما أتقدم بأسمى العبارات الشكر و التقدير والامتنان لكل أساتذة الكرام الذين رفقوني طيلة مشوار الدراسة وإلى كل الطاقم الاداري بكلية الحقوق بجامعة غرداية، وإلى كل من ساعدني في انجاز هذا العمل من قريب أو بعيد.

إهداء

أهدي هذا العمل إلى التي من أُفضِلها على نفسي، ولِمَ لا؛ فلقد ضحَّت من أجلي ولم تدَّخر جُهدًا في سبيل إسعادي على الدَّوام

أمي حبيبتي

نسير في دروب الحياة، ويبقى من يُسيطر على أذهاننا في مسلك نسلكه صاحب الوجه الطيب، والأفعال الحسنة .فلم يبخل عليَّ طيلة حياته

والدي العزيز

حفظهما الله وأطال في عمرهما

إلى:

زوجي

رفيق الكفاح في مسيرة الحياة

إلى من بهم أكبر و عليهم أعتمد و بوجودهم أكسب القوة والمحبة لا حدود لها إخوتي:

أمال ، نوال ، نريمان، فريال، مونية ، أسماء ، العيد

إلى:

جدتي ، أخوالي ، خلاتي و كل العائلة

إلى صديقاتي:

فريال و مريم و وفاء

أهدي تخرجي هذا إلى كل عائلتي و كل من قدم لي الدعم .إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة جهدي.

رزيقة

ملخص:

عندما تشير قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الوطني فإن هذا الأخير هو الواجب التطبيق ،أما إذا كان القانون المشار إليه قانونا أجنبيا فيأتي دور القاضي لتطبيقه و يبحث عن هذا القانون من تلقاء نفسه ثم يتوجب علي الخصوم إثبات مضمون هذا القانون أو يخضع للقاضي وهو بصدد تطبيقه وتفسيره لهذا القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد لرقابة المحكمة، كما يثور تساؤل حول طبيعة القانون الأجنبي بصفته قانونا ويظل محتفظا بطبيعته بالرغم من تجاوزه للحدود الإقليمية للدولة التي سنته أم أنه يعتبر مجرد وقائع يتعين على الخصوم إثباتها وتقديم الدليل حول مضمون هذه القواعد.

ويعتبر كل من النظام العام والغش نحو القانون مانعين لتطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وسيلتين فنيّتين لاستبعاده، كما يعتبر كلاهما وسيلة استثنائية لذلك الاستبعاد فلا يلجأ القاضي إليهما ابتداء، بل يتم اللجوء إليهما كعلاج أخير لا مفر منه أو كعلاج احتياطي في مواجهة القانون الأجنبي.

الكلمات المفتاحية: القانون الدولي الخاص، قاعدة الإسناد، النظام العام، الغش نحو القانون.

Abstract

When the attribution rule refers to the application of the national law, then the latter is the one that must be applied, but if the aforementioned law is a foreign law, then the judge's role comes to implement it and searches for this law on his own initiative, then the litigants must prove the content of this law or submit to the judge while he is in the process of applying and interpreting it. For this law, which the attribution rule referred to for court oversight, a question also arises about the nature of the foreign law as a law and remains preserved in nature despite exceeding the territorial limits of the country that enacted it, or is it just facts that the litigants must prove and provide evidence about the content of these rules.

Both public order and deceit towards the law are considered an obstacle to the application of the applicable foreign law, and two technical means to exclude it, and both are considered an exceptional means for that exclusion.

Keywords : *Private international law, attribution rule, public order, fraud towards law*

مقدمة

يمتاز عالمنا اليوم بتطور وسائل الاتصال وبقيام علاقات سلمية بين دول ، وهو ما أدى إلى قيام علاقات اقتصادية واجتماعية بين شعوبه، وهذه العلاقات العابرة للحدود الوطنية تتطلب بالضرورة وجود قانون تخضع له ينظمها من جهة ويقوم القاضي بتطبيقه في حالة حدوث نزاع من جهة أخرى.

يعتبر القانون الدولي الخاص من فروع القانون حديث النشأة حيث أنه يختص بتنظيم العلاقات القانونية بين أشخاص القانون الخاص والمتمثلة على عنصر أجنبي حيث أن الفقه قانون الدولي الخاص فقد ارتبط بظاهرة الحدود السياسية والاجتماعية، فهو يقوم بانقسام المجتمع الدولي إلى عدة دول ذات حدود إقليمية وتميزها عن غيرها، بحيث إن لكل دولة نظامها القانوني المستقل الذي يطبق على أفرادها بمناسبة نشوء علاقات اقتصادية واجتماعية بينهما، فإن كانت هذه العلاقات مرتبطة بأكثر من دولة فهنا لا يمكن أن تخضع كلها للقانون الوطني لهذا فإن جميع الدول في عالمنا المعاصر فسحت المجال لتطبيق القوانين الأجنبية أمام قضاءها الوطني، ويطبق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني في حالة وجود نزاع الذي يشتمل على عنصر أجنبي بحيث يجد القاضي نفسه أمام مشاكل تحديد القانون الواجب التطبيق إن لكل دولة قانونها الخاص، إذ ظهرت فكرة تنازع القوانين.

فبعد تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني قد تقع حالات يتعطل فيها اعمال قواعد الاسناد ومن ثم يمتنع معها تطبيق القانون المسند اليه الاختصاص لأن قاعدة الاسناد تعتبر وسيلة الفنية المعتادة لحل تنازع القوانين من حيث المكان، حيث أن المشرع لم يسمح بتطبيق قانون أجنبي بموجب ضابط إسناد معين لا يعني أن هذا القانون قد يكون حتما متوافق مع النظام العام في قانون القاضي.

مهما كان موقف الفقه من تفسير الأساس الذي يقوم عليه تطبيق القانون الأجنبي فإن العصر الحديث فرض على كل دولة ضرورة السماح بتطبيق القانون الأجنبي على تراب إقليمها، فالقانون الأجنبي أصبح إذن محل تطبيق من القاضي الوطني كلما كانت هناك علاقات قانونية مشتملة على عنصر أجنبي، إلا أن هذه الأخيرة تثير أمام القاضي الوطني مشكلة تنازع القوانين التي يتم حلها عن طريق تطبيق القاضي لقاعدة الإسناد الوطنية التي تتميز بأنها قاعدة مزدوجة تشير بتطبيق القانون الوطني أو القانون الأجنبي على ارتباط بهذه العلاقة، ويتم اختيار هذا القانون على أساس منطقي مجرد يراعي فيه المشرع الوطني اعتبارات العدالة ومتطلبات الحياة الخاصة الدولية، فإذا ما عينت قاعدة الإسناد الوطنية قانونا أجنبيا لحكم العلاقة فإن القاضي الوطني يجد نفسه وجها لوجه مع هذا القانون الذي لا يعرفه ويعتبر غريبا عنه، لذا فإن تطبيق القانون الأجنبي يثير عدة مسائل فهو يستدعي البحث في مدى إلزامية قاعدة الإسناد بالنسبة للقاضي الوطني عند إشارتها بتطبيق هذا القانون، كما أنه يطرح مسألة تحديد

طبيعة القانون الأجنبي من طرفه وكيفية إثبات مضمونه بما أنه غير منشور في دولته ولا يفترض علمه به وعلى من يقع عبء إثباته، وإذا تمكن القاضي من الوصول إلى مضمون هذا القانون انتقل إلى تطبيقه على وقائع النزاع، تثار مسألة تفسير هذا القانون إذا ما كان غامضا و هو ما يطرح أمام القاضي عدة إشكالات اختلفت الحلول و الآراء المقترحة حولها.

إن الدفع بالنظام العام وبالغش نحو القانون أبرز موانع تطبيق القانون الأجنبي فقد تضمنتها العديد من التشريعات، واستقر عليها القضاء في أغلب دول العالم فهناك من يرى من الفقه مجالا أرحب لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي لأن النظام العام هو صمام أمان يمنع تسلل وتطبيق أي قانون أجنبي يتعارض والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع الجزائري، كما أنها تقف لكل محاولة غش من الأطراف للتلاعب في ضوابط الاسناد لتهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق.

رغم أن المشرع الجزائري قد وضع قواعد إسناد من المادة 09 إلى المادة 24 من القانون المدني إلا أن هناك صعوبات تواجه الباحث في هذا الموضوع تكمن في ندرة الاجتهاد القضائي حول موضوع تنازع القوانين بصفة عامة و تطبيق القانون الأجنبي بصفة خاصة و هذا راجع لعدة اعتبارات منها أن الأطراف في الدعوى لا يثيرون في كثير من الأحيان تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الجزائري إما جهلا منهم بقاعدة الإسناد أو تغاضيا عنها، كما أن القاضي لا يميل عادة إلى تطبيقه نظرا للصعوبات التي يواجهها عند البحث عن مضمون هذا القانون و تفسيره، كما أن الكثير من المعاملات الدولية و خاصة العقود التجارية الكبرى لا تعرض المنازعات بشأنها على القضاء الجزائري نظرا لاتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم.

1- أهمية الدراسة:

يرتبط هذا الموضوع أهميته القصوى في تطبيق القانون الأجنبي أمام قاضي الوطني، حيث نبرز هذه الأهمية فيما يلي:

- أغلب المسائل التي يعالجها غير مقننة في كثير من الدول وإن اختلفت درجة التقنين من دولة إلى أخرى، إذ في الغالب ما يكتفي المشرع بسن مواد قانونية تتضمن القواعد العامة لحل التنازع ويترك باقي المهمة للقاضي الوطني، وقلة التقنين في هذه المادة ليس أمرا عفويا بل إن مرده إلى ارتباطه بالتغيرات المتسارعة في العالم وارتباطه أيضا بموقف القضاء من القانون الأجنبي في الدول الأخرى، لذا نجد الفقه والاجتهاد القضائي في كثير من الدول يلعب دورا محوريا في التأسيس لكثير من القواعد وتكريس الكثير من الحلول إزاء الإشكاليات التي يوجهها القاضي الوطني

عند تطبيقه للقانون الأجنبي ، لذلك فليس من الغرابة أن تنص تشريعات كثير من الدول ومن بينها المشرع الجزائري على إخضاع المسائل التي لم يتناولها نص قانوني إلى المبادئ العامة المستقر عليها في القانون الدولي الخاص.

– إعمال موانع تطبيق القانون الأجنبي المختص للفصل في النزاع بموجب قاعدة الإسناد الوطنية من شأنه حماية المصلحة الوطنية والنظام العام الوطني، وذلك على اعتبار أنّ النظام العام صمام أمان يمنع تسلل وتطبيق أي قانون أجنبي يتعارض والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمعات والمجتمع الجزئري، كما أ نها تقف بالمرصاد لكل محاولة غش من الأطراف للتلاعب في ضوابط الإسناد بغية التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق في الأصل.

2– أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى:

– الوقوف على طبيعة القانون الأجنبي.

– تبيان أثر اعتبار القانون الأجنبي مسألة واقع على إثباته وتفسيره.

– تبيان أثر اعتباره قانونا

– معالجة بعض الصعوبات التي يواجهها القاضي الوطني أثناء تطبيقه ومراقبته للقانون الأجنبي المختص والتي من شأنها التأثير على المقومات الأساسية والأسس الجوهرية التي يقوم عليها مجتمعه.

–إبراز حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية.

3– أسباب اختيار الموضوع:

من الأسباب التي دفعتنا الى اختيار هذا الموضوع:

أسباب ذاتية: إلى رغبة في الغوص في غمار القانون الدولي الخاص باعتباره من المواضيع غير الجامدة والمرتبطة بالعنصر الأجنبي التي تتسم عادة بالخروج عن ما هو معتاد ومألوف إلى التطلع و الاطلاع على مفاهيم أخرى غير وطنية.

–أما الأسباب الموضوعية :فترجع إلى خصوصية وأهمية الموضوع كون أغلبية المسائل التي يعالجها غير منظمة تشريعيا في كثير من الدول ومنها الجزائر، إذ في الغالب ما يكتفي المشرع بسن مواد قانونية تتضمن القواعد العامة ويترك باقي المهمة للقاضي الوطني.

4– صعوبات الدراسة:

– عدم تمكننا من الاطلاع الواسع على مختلف المكتبات الوطنية الجامعية منها أو الخاصة بالتالي حرماننا من أكبر قدر من المراجع والمادة العلمية حيث يرجع ذلك أساسا إلى الأوضاع والظروف الراهنة بسبب تفشي فيروس كورونا وما نتج عنه من حجر صحي وغلق جميع المرافق.

– طبيعة الموضوع الذي يتسم بعدم التقنين والاعتماد فقد على الآراء الفقهية المنتشرة هنا وهناك بالإضافة إلى قلة الاجتهادات القضائية خصوصا الحديثة منها.

5– الدراسات السابقة:

– حمزة القتال، **دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن**، أطروحة دكتوراه في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة البويرة، 2011.

– سهام عكوش، **القانون الأجنبي إثباتا وتفسير دراسة مقارنة**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بجامعة امحمد بوقرة بومرداس، الجزائر، 2010

– حمزة بوخروبة، **موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف، 2014.

– أمل صوراني، **تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني**، بحث أعد لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي، كلية الحقوق، قسم القانون الدولي، جامعة حلب، سوريا، 2013.

6– إشكالية الدراسة

مما سبق فإن الاشكالية القائمة تتمثل في طرح التساؤل التالي:

ما هو أساس تطبيق مضمون القانون الأجنبي؟ وماهي موانع تطبيقه؟

حيث تتفرع عن الإشكالية الرئيسية التساؤلات الفرعية التالية:

– فيما تتمثل الطبيعة القانونية لإثبات القانون الاجنبي؟

– ماهي الآثار المترتبة على ذلك؟

– كيف يتم تطبيق القانون الاجنبي وماهي صعوباته؟

– ما هو الدفع بالنظام العام لتطبيق القانون الاجنبي؟ وماهي شروطه وآثاره؟

– ما هو الدفع بالغش نحو القانون؟ وماهي شروط هذا الدفع وآثاره؟

7- منهج الدراسة:

للإلمام بجميع جوانب الموضوع انتهجنا كل من المنهج المنهج الوصفي الذي يعد مناسبا لعرض النصوص، المنهج التحليلي من خلال تحليل المواد القانونية التي سنعتمد عليها في هذه الدراسة، ثم المنهج المقارن من خلال التطرق إلى مختلف القوانين والاجتهادات القضائية المقارنة.

8- تقسيمات الدراسة:

تبنت هذه الدراسة في مجملها على فصلين أساسين، أولهما أساس تطبيق القانون الأجنبي الذي من خلاله نتعرض إلى طبيعة القانونية لإثبات القانون الأجنبي والآثار المترتبة على ذلك، بالإضافة إلى تطبيق مضمون القانون الاجنبي والصعوبات التي تعترض هذا التطبيق.

أما الفصل الثاني إلى دراسة موانع تطبيق هذا القانون الأجنبي من خلال التطرق إلى الدفع بالنظام العام لتطبيق القانون الاجنبي شروطه وآثاره، ثم نعرج على الدفع بالغش نحو القانون وشروط هذا الدفع وآثاره.

الفصل الأول:

أساس تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني

تمهيد:

مسألة تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني تثير التساؤلات عن كيفية هذا التطبيق والظروف المحيطة بمعاملة هذا القانون، هذه الكيفية تعتبر من المسائل التي لم يستقر فيها القانون الدولي الخاص على رأي والتي لا تزال إلى حد الآن محلا للجدل، فبعدما تشير قاعدة الإسناد الوطنية تطبيق قانون أجنبي معين ينهض معه التساؤل عن كيفية التعامل مع هذا القانون وطرق معاملته أمام القضاء الوطني، حيث عالج الفقه هذه الإشكالية بتحديد أولا طبيعة القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني فيما إذا كان يعتبر واقعة أم قانونا[1]، وعلى هذا الأساس قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين الطبيعة القانونية لإثبات القانون الأجنبي كمبحث أول، ثم تطبيق مضمون القانون الأجنبي من حيث الإثبات والتفسير وصعوبات هذا التطبيق.

[1] سهام عكوش، القانون الأجنبي إثباتا وتفسير دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بجامعة امحمد بوقرة بومرداس، الجزائر، 2010، ص4.

المبحث الأول:

الطبيعة القانونية لإثبات القانون الأجنبي

من الأمور المقررة في القانون الوطني، وجوب التفرقة بين الواقعة محل النزاع والقاعدة القانونية التي يطبقها القاضي على هذه الواقعة، فالأولى يتكفل الخصوم بإثباتها، أما الثانية فهي من اختصاص القاضي حيث يقوم من تلقاء نفسه بالبحث عنها ثم تطبيقها، وإذا أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الوطني على علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي، فأن القاضي يقوم بتطبيق قانونه من تلقاء نفسه، ويبحث عن نصوصه الموضوعية والحكم بمقتضاها، دون أن يكلف بها الخصوم وقد تقضي قواعد الإسناد الوطنية في القضايا ذات العنصر الأجنبي، بتطبيق قاعدة قانون أجنبي على النزاع المطروح أمام القاضي الوطني وهنا يثار التساؤل هل يفترض في القاضي الوطني العلم بقاعدة القانون الأجنبي، أم يأخذ القانون الأجنبي حكم الواقع الذي لا يفترض علم القاضي به ويكون على الخصوم تبعاً لذلك إثباته، ولمعالجة مثل هذه المسألة حصل خلاف في التشريع والفقه، وظهرت اتجاهات رئيسية في تأصيل طبيعة إثبات هذا القانون الأجنبي[1]، فالاتجاه الأول يقضي بأن القانون الأجنبي لا يطبق بوصفه قانونا، بل لكونه عنصرا من عناصر الواقع (**المطلب الأول**)، أما الاتجاه الثاني يعتبر القانون الأجنبي مسألة قانون (**مطلب ثاني**)

المطلب الأول: اعتبار القانون الأجنبي واقعة

يتجه بعض الفقه والقضاء الى أن تطبيق القانون الأجنبي امام القاضي الوطني يعتبر من المسائل الواقعية المادية[2] ومعنى الواقعة في هذا المقام هو وجود القاعدة القانونية الأجنبية[3]، حيث يتجه اصحاب هذا الاتجاه إلى أن القانون الأجنبي ليس له نفس قوة القانون الوطني وإنما مجرد واقعة لأن هذا الأخير يستمد قوته في الدولة المشرعة له و يجد هذا الاتجاه التقليدي مبرراته في الفارق الموجود بين القانونين من حيث افتراض العلم بهما وأن افتراض علم القاضي الوطني بالقانون الأجنبي تكتنفه صعوبات عملية خاصة اذا كان هذا القانون غير مكتوب او عندما تكون

---

[1] ابراهيم صالح الصريرة ، علاء محمد الفواعير، مهمة إثبات القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني وفقاً للتشريع الأردني، مجلة دراسات للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد43، الملحق3، الأردن، 2016، ص1253

[2] الوقائع المادية تشمل الوقائع الطبيعية كالميلاد والقرابة، كما تشمل الأفعال المادية التي تصدر من الإنسان كارتكاب جريمة فينشأ للمضرور الحق في مطالبة مرتكب الجريمة بالتعويض ويلاحظ أن القانون هو الذي يحدد أثار الوقائع المادية سواء اشتركت في وجودها إرادة الشخص أم لم تشترك، وتتميز الوقائع المادية عن التصرفات القانونية في كون هذه الأخيرة تتمثل في اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين سواء صدر من جانبين كما في عقد البيع وإما أن يصدر من جانب واحد كما في الوصية، أنظر، سهام عكوش، مرجع سابق، ص6

[3] أمل صوراني، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، بحث اعد لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي، كلية الحقوق، قسم القانون الدولي، جامعة حلب، سوريا، 2013، ص13

الحلول القضائية بشأن مسألة واحدة مختلفة واذا كان القانون الوطني لا يحتاج الى اثبات فان القانون الأجنبي يجب اثباته واعتباره واقعة مادية. فاذا طبقنا هذا الاتجاه على قانون اجنبي أي اعتبرناه مجرد واقعة بعد أن اشارت قاعدة الإسناد الوطنية[1].

الفرع الأول: موقف الفقه والقضاء

أولا: الموقف الفقهي

إن مسألة تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني وأساس هذا التطبيق أثارت جدلا في الفقه المقارن وبرزت عدة آراء ونظريات بهذا الصدد نذكر منها:

1- : نظرية العنصر الواقعي

هي النظرية التي تنادي بها المدرسة الفرنسية بنظرية العنصر الواقعي ويتزعم هذا الاتجاه في فرنسا[2] الأستاذ "بايتفول Batiffol" الذي ذهب الى معاملة القانون الاجنبي كواقعة مادية وليس قانونا حيث يتعامل معه القاضي الوطني على أساس أنه جزء من الواقع المعروضة عليه للفصل في مسألة المعروضة وهو أن القانون الأجنبي ليس له قوة القانون الوطني، حيث تعامل القاضي الوطني بأن القاعدة الأجنبية للحاجات الدولية، لأن القانون الاجنبي يطبق عندما يمارس عملا غريبا عن نظامه القانوني، حيث ينظر الفقيه "بايتفول" أن القاعدة القانونية لها عنصرين[3]:

- العنصر الأول وهو عنصر العقلي محتوى القاعدة القانونية.
- العنصر الثاني وهو عنصر آمر الذي تحتاجه القاعدة القانونية لأنها تستمد منه القوة الإلزامية.

وحسب الفقه فإن القاعدة القانونية عندما يتعدى تطبيقها حدود الدولة فإنها تفقد صفتها الالزامية ولا يبقى لها سوى العنصر العقلي ومن ثم تفقد صفتها كقاعدة قانونية، وعليه فإن تطبيق العنصر العقلي وحده للقانون الأجنبي

[1] علال قاشي، أساس تطبيق القانون الأجنبي ومركزه أمام القاضي الوطني، مداخلة مقدمة في الملتقى الأول حول تطبيق القانون الأجنبي المقدم من طرف كلية الحقوق ، جامعة الأغواط، الجزائر، أفريل 2006، ص 7.

[2] Henri BATIFFOL, Aspects philosophiques du droit international privé, Dalloz Paris 2002, p100

[3] محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية، 2009، ص157

يجعله مجرد واقعة[1]، على جانب أن القاضي وهو يطبق القانون الأجنبي كواقعة لا يبحث كما يفعل بالنسبة إلى قانونه، إما هو عادل ومنطقي مثمر، أو لا يجب أن يكون ، بل ينظر إلى ما هو كائن فعلا في دولة هذا القانون[2].

انتقدت هذه النظرية على أنه يقوم على أساس خاطئ، فإذا كان صحيح فان القاعدة القانونية تبقى كما هي تحتفظ بعناصرها سواء طبقت داخل أو خارج الاقليم الوطني، إذا والانتقاد الموجه لها هو التقليل من شأن القانون الاجنبي بحيث أن القاضي الوطني لا يطبق من تلقاء نفسه وبذلك يكون عدم تطبيق السليم لقواعد الاجنبية و هذا يؤدي إلى تقليل من قيمة قواعد الاسناد، أما عن تشبيه "بايتفول" القانون الأجنبي بلوائح الشركات فهذا تشبيه خاطئ لأن القاعدة القانونية الأجنبية تستمد قوتها من قواعد التنازع ولا تتغير طبيعتها أما مبدأ العقد شريعة المتعاقدين منه تستمد قوتها القانونية[3].

2- نظرية الحقوق المكتسبة

لقد سادت هذه النظرية في الفقه الانجلوسكسوني، وهي أيضا تنفي عن القانون الأجنبي صفته كقانون ليقترب بذلك الى عنصر الواقع، حيث أن القاضي الوطني يطبق القانون الأجنبي في اقليمه، فمثلا: إذا تزوج ألماني وألمانية فترتب له وفقا للقانون الألماني حقوق الزوج والقاضي يتعرف بهذه الحقوق ولكن ذلك لا يعني أنه يطبق في إسبانيا على هذا الزواج القانون الألماني[4].

يعترف أصحاب نظرية الحقوق المكتسبة أن القاضي الوطني عندما يطبق القانون الأجنبي في اقليمه فيكون اعترافا منه بالحق المكتسب، فلا يمكن للقاضي النظر في الحق المكتسب في خارج دولة القاضي وتتبنى هذه الفكرة الحقوق المكتسبة أن كل حق اكتسب بصفة مشروعة في بلد ما يجب احترامه في الخارج حتى يتمتع بالحصانة والأمان وهذا من أجل أن لا يكون الفوضى في العلاقات الدولية ومن هذا يظهر لهذه النظرية عدة شروط وهي[5]:

- أن يكون المطلوب هو نفاذ الحق و ليس انشاؤه.
- أن لا يكون الحق المراد التمسك به مخالف للنظام العام في الدولة التي يطلب فيها نفاده والتمسك بأثاره.

---

[1] نسرين شرقي ، سعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين الجنسية، دار بلقيس، الجزائر ،2013 ص98

[2] عبد الرزاق دربال، الوافي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري و المقارن، دار العلوم ، عنابة، 2010 ،ص120

[3] أمل صوراني، مرجع سابق، ص13

[4] سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص137

[5] الطيب زروتي ، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، دار هومة، الجزائر، 2014، ص103

– أن لا يكون قد اكتسب بطريق الغش.

انتقدت هذه النظرية على أساس أنها غير شاملة إذ أنها لا تعطي لنا تفسيرا لتطبيق القانون الأجنبي إلا في مجال واحد وهو مجال حقوق المكتسبة، في حين أن تطبيق القانون الأجنبي قد يكون أيضا في مرحلة نشوء الحق هو الفرض الغالب، كما قد أن الاعتراض على هذه النظرية بأنها غير شاملة ولمعرفة ما إذا كان الحق المكتسب أم لا، لأن القانون الأجنبي لا يقتصر على حالات احترام حقوق المكتسبة فإنه يتعين تطبيق القانون الأجنبي وهنا القاضي يبحث في وجوده وهو بذلك يقترب من معاملته كقانون وليس كواقعة، إذ أن القاضي مهمته هي انشاء الحق والاعتراف بالحق وذلك بتطبيق عليه القانون الأجنبي المختص ولمعرفة إذا كان الحق مكتسبا أم لا يجب الرجوع إلى القانون الذي أكسبه هذه الصفة[1].

ثانيا: موقف القضاء

1– القضاء المقارن

– القضاء الفرنسي (ذو الطبيعة المزدوجة)

إن موقف القضاء الفرنسي في تقديم للقاضي الحق في تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه دون إلزامه بذلك فإن محكمة النقض الفرنسية بعد ما قررت أن قاضي الموضوع بالتطبيق التلقائي للقانون الاجنبي المختص في القضيتين، و في احدى الاحكام القضائية جاء موقف القضاء الفرنسي على ان من طبيعة القانون الاجنبي باعتباره ذو طبيعة مزدوجة في قضية "Bissal بيسال" الصادر سنة 1956 حيث أن ازدواجية في الطبيعة القانونية لقاعدة تنازع القوانين بحيث تكون ملزمة إذا عينت القانون الوطني كقانون واجب التطبيق، وإذا كانت غير ملزمة إذا عينت قانونا أجنبيا، بمعنى أن على الخصوم التمسك بتطبيق القانون الاجنبي أو يطبق القاضي الدعوى بقانونه الداخلي، وفي قرار آخر صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ:24 نوفمبر 1998 في قضية (LAVAZZA) رأت أن تطبيق القانون الأجنبي يعتبر قانونا واستندت في ذلك الى المادة 3 من القانون المدني الفرنسي حيث اعتبرها رمزا لتطبيق القوانين الأجنبية، بحيث رأت المحكمة أن القاضي ملزم بتطبيق القانون الأجنبي مثلما يقع عليه التزام تطبيق القانون الفرنسي.[2]

[1] بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2001، ص141

[2] أمل صواري ، مرجع سابق، ص 67.

جاءت محكمة النقض الفرنسية بقضية (COVECO) فلقد جاءت في حيثيات هذا القرار: " عندما تثير الأطراف قوانين أخرى، إلا التي تكون مأخوذة خاصة من القانون الفرنسي، في مادة لا تكون خاضعة لأية اتفاقية دولية، وحيث يكون لها حرية التصرف فيها، لا يمكن أن ينعى على القاضي الموضوع عدم البحث تلقائيا على القانون الواجب التطبيق في الموضوع[1]".

– القضاء المصري

إن موقف محكمة النقض المصرية استجابت للاتجاهات الفقهية الحديثة في شأن اثبات القانون الاجنبي، ويرى الفقه المصري أن محكمة التمييز المصرية يعتبر قانون يقع على القاضي عبء اثباته، واعتبرت القانون الاجنبي مجرد واقعة من وقائع الدعوى حيث جاء في حكمها الصادر بتاريخ06 جوان 1984، أنها قررت بأن تمسك بالقانون الاجنبي وهو ما يدعو الى الاستجابة للاعتبارات العملية، التي لا يتيسر معها القاضي الالمام بأحكام ذلك القانون[2].

2– موقف القضاء الجزائري:

إن المشرع الجزائري نص في المادة 233 فقرة 5 الأمر رقم 66-154 من القانون إجراءات المدنية[3] حددت أسباب الطعن بالنقض وذكرت أن كل خطأ في تطبيق القانون الاجنبي يتعلق بالأحوال الشخصية يكون من أوجه الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا ويجوز للمحكمة تحديدها من تلقاء نفسها، وأيضا المادة 358 الفقرة 6 من القانون الاجراءات المدنية والادارية[4] نستنتج من خلالها أن المشرع الجزائري ميز بين القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية والقوانين الأجنبية غير المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية فهي تعامله معاملة واقع وليس قانونا، بحيث أن المشرع الجزائري اعتبر هذا القانون الاجنبي قانونا وتطرق في المسائل الأسرة لرقابة المحكمة العليا وبذلك لم يخضع الى مسائل أخرى التي لا تتعلق بالأسرة.

[1] سهام عكوش، مرجع سابق، ص37

[2] بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص155

[3] الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو 1966 يتضمن قانون الاجراءات المدنية، الجريدة.الرسمية.العالم 47، الصادرة بتاريخ 9يونيو 1966.

[4] قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة.الرسمية.العالم 21، الصادرة في 23 أبريل2008.

إن القضاء الجزائري يعتبر القانون الأجنبي قانونا كما جاء في المادة 358 من قانون الاجراءات المدنية والادارية التي رأينها في ما سبق و من خلال هذا النص القانوني نستنتج أن القانون الأجنبي يعتبر قانون اذا تعلق بالأسرة أما إذا لم يتعلق بالأسرة فهنا نقول انه مجرد واقعة[1].

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على اعتبار القانون الأجنبي واقعة

أولا: أثر اعتبار القانون الاجنبي مسألة واقع على إثباته

تعد مشكلة اثبات مضمون القانون الاجنبي والتعرف على مضمونه من ابرز المشاكل في القانون الدولي الخاص التي تطرق إليها الفقه والقضاء من مختلف انحاء الدول، فالفقه والقضاء الذي جعل القانون الاجنبي مجرد واقعة ثم ربط طبيعته هذه بالاثبات جعل عبء اثبات مضمونه واقعا على عاتق الخصوم[2]:

– أن على الخصوم أن يتمسكوا بالقانون الأجنبي وليس على القاضي أن يحكم بمقتضاه من تلقاء نفسه لان الخصوم هم المكلفون بتجميع عناصر الواقع في الدعوى ومن ذلك القانون الأجنبي يشبه من الناحية الإجرائية وقائع الدعوى، وهذا هو الإتجاه الذي يسير فيه القضاء الفرنسي وهو الرأي السائد في البلاد الأنجلوأمريكية.

– إذا صح أن على الخصوم أن يتمسكوا بالقانون الأجنبي فيجب عليهم أن يتمسكوا به أمام محكمة الدرجة الأولى أو على الأكثر أمام محكمة الدرجة الثانية باعتباره وسيلة من وسائل الدفاع لا طلبا جديدا لأنه لا تقبل الطلبات الجديدة احتراما لمبدأ التقاضي على درجتين.

– يترتب على اعتبار القانون الأجنبي واقعة أن على الخصوم إثباته وليس القاضي ملزما بمعرفته فلا تسري على القانون الأجنبي القاعدة التي تفرض في القاضي العلم بالقانون «Jura Novit Curia»، وإذا عجز الخصوم على إثباته كان للقاضي أن يطبق قانونه وإذا رفض النطق بالحكم فلا يكون ذلك نكولا منه.

– للخصوم أن يتنازلوا عن تطبيق القانون الأجنبي فيطبق القاضي حينئذ قانونه.

– بما أن القانون الأجنبي واقعة فالعذر بجهله مقبول ولا تطبق القاعدة "لا عذر بجهل القانون".

– إذا قضى الحُكم الصادر تطبيقا للقانون الأجنبي بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه، فلا تكون هناك حالة من حالات الالتماس بإعادة النظر.

– إذا ظهر أن الخصوم تحايلوا على القانون الأجنبي وتهربوا من تطبيقه فلا محل للدفع بالغش نحو القانون[3].

---

[1] الطيب زروتي، مرجع سابق، ص123

[2] أمل صوراني، مرجع سابق، ص15

[3] علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،2005، ص136

ثانيا: أثر اعتبار القانون الاجنبي مسألة واقع على تفسيره

يقوم القاضي الوطني بتفسيره القانون الاجنبي المختص بعد أن يتم اثبات الخصوم لمضمونه كي يطبقه على النزاع، ويقصد بالتفسير هنا تحديد معنى النص الذي تتضمنه القاعدة القانونية وتحديد نطاقه وشروط تطبيقه وحقيقة المراد به وذلك بالكشف عن حدود المعنى الذي تناوله النص والكشف عن مضمون الحكم المقرر لهذا المعنى في لفظ النص وفحواه حتى يمكن مطابقته على الظروف الواقعية التي تثار بصددها تطبيق هذه القاعدة[1].

إن تفسير القانون الاجنبي يعني تفسير قواعده واحتراما لقاعدة الاسناد التي اشارت بتطبيق القانون الاجنبي يتعين على القاضي تطبيق هذا القانون بنفس الطريقة التي يطبق بها أمام محاكم الدولة المشرعة له والقول بغير ذلك يعني انحرافا بقاعدة الاسناد عن هدفها واعطاء القانون الاجنبي معنى ليس له مما قد يؤدي الى تشويهه، ويتم ذلك من خلال[2]:

– تقيد القاضي الوطني بالتفسير القضائي السائد في دولة القانون الاجنبي، حيث يتقيد القاضي بالحلول القضائية المستقرة في الدولة التي يطبق قانونها حتى ولو لم يكن القضاء هناك مصدرا رسميا لقواعد القانون.

– للقاضي الوطني دور ايجابي عند تفسير القانون الاجنبي عند اختلاف القضاء الاجنبي حول تفسير القانون الاجنبي أو عند عدم تعرضه لذلك كما يكون له دور ايجابي عند سكوت القانون الاجنبي عن تكريس حل صريح للمنازعة المطروحة أمام القاضي.

المطلب الثاني: اعتبار القانون الأجنبي قانونا

يميل الاتجاه الغالب من القضاء والفقه إلى الاعتراف للقانون الأجنبي بصفته القانونية أمام القضاء الوطني، فالقانون الأجنبي عندما يقوم القاضي الوطني بتطبيقه في النزاع المعروض عليه فإنه يعامله في هذه الحالة كقانون وليس مجرد واقعة، فبعض القوانين تعتبر القانون الأجنبي قد اندمج مع القانون الوطني عن الأجهزة التشريعية التي نشأة عليها دولة القاضي، لذلك فأن القاضي هو الملزم بإثارته من تلقاء نفسه دون حاجة إلى التمسك به من قبل الخصم المستفيد منه، وإن عبء الإثبات يلقي على القاضي وحده، إذا عجز الخصم عن إثبات القانون الأجنبي[3].

[1] سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1994، ص84

[2] هشام علي صادق، الموجز في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2003، ص163

[3] ابراهيم صالح الصريرة و علاء محمد الفواعير، مرجع سابق، ص1255

الفرع الأول: موقف الفقه والقضاء

أولا: الموقف الفقهي

تلخصت حجج أصحاب هذا الاتجاه في النظريات التالية:

1- نظرية المجاملة الدولية:

إن المجاملة الدولية معينة من طرف المدرسة الهولندية وعلى رأسهم الفقيه" أورليس هيبر Ulrice Huber " ويقصد بها أن المشرع حر في السماح أو عدم السماح بتطبيق القانون الأجنبي على إقليم دولته، وإذا سمح بتطبيقه كان ذلك على سبيل المجاملة الدولية، وهكذا يتضح من كل ما تقدم أن أساس القانوني لنظرية المجاملة الدولية التي جاء بها الفقهاء هذه المدرسة بغموض كبيرة حسب تفسيرها تقوم بوضع قاعدة التنازع وليس مرحلة تطبيقها، حيث أنه لا يوجد التزام في القانون الدولي الخاص يسري على الدول أن تسمح للقانون الدولي بالامتداد داخل اقليمها، لذا اختلف الفقهاء في تفسيرها، وترتب على سوء فهمها إلى هجرانها من طرف الفقه[1].

انتقدت هذه النظرية لاعتبار أساسها القانوني أذ قبلت بتطبيق القانون الأجنبي على سبيل الأخلاق والاحترام، وهذا أدى إلى سوء فهم النظرية وبهذا هجرها الفقهاء، وأخدوا يبحثون عن أساس آخر لتطبيق القانون الأجنبي[2]، كما انتقدت أيضا بأنها تؤدي إلى فتح طريق على القضاة لأعمال أهوائهم وميولاتهم، وهناك في ذلك ضرر بمصالح الأفراد[3].

2- نظرية التفويض:

تقوم هذه النظرية على أساس أن تطبيق القانون الأجنبي يكون بناء على تفويض صادر من المشرع الأجنبي وقبلت قاعدة الإسناد الوطنية في قانون القاضي تطبيقه، إلا أن هذه النظرية منتقدة كون أن التفويض لا يكون مقبولا من الناحية القانونية إلا في الحالات التي يكون فيها المفوض محددا أو معينا في حين لا نجده في مجال القانون الدولي الخاص مما جعل هذه النظرية مهجورة و البحث عن الحلول أخرى[4].

---

[1] بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص140

[2] علي علي سليمان، مرجع سابق، ص134

[3] فتيحة بشور، محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص القانون الخاص، جامعة البويرة ، 2017، ص76.

[4] محمد السعادي، مرجع سابق، ص157

3- نظرية الاندماج (نظرية الاستقبال والاستيعاب)

تزعم الفقهاء الإيطاليون نظرية الادماج والتي هي الاستقبال والاستيعاب، حيث اعتبروا القانون الأجنبي قانونا لا واقعة يطبق على أساس أنه يندمج في القانون الوطني الداخلي و يطبق القانون الأجنبي تحت قاعدة التنازع في قانونه، حيث خلقت جدلا بين الفقهاء حول طبيعة هذا الادماج بحيث أنه انقسم الى قسمين مادي وشكلي[1]:

فالفقهاء الذين يقولون أن الادماج المادي جاء بفكرتها الفقيه "أنزلوتي Anzilitti"، والمقصود به أن القاعدة القانونية الأجنبية تكون محل تأميم حقيقي بحيث أن القانون الأجنبي يكون مندمجا بمضمونه اذ استقبل قواعد الاسناد الوطنية في نظام القانوني لقانون القاضي ومنه يطبق القاضي الوطني كقانون وطني فتفقد القاعدة الأجنبية[2]ويقول أن النظام القانوني الايطالي يعني قاعدة قانونية مماثلة للقاعدة القانونية الأجنبية، و التي طبقتها قاعدة الاسناد، ومن ثم يصبح القانون الأجنبي في ذات المرتبة القانون الوطني[3].

أما الفقهاء الذين يقولون أن الاندماج الشكلي تبنى هذا الفقه الإيطالي المعاصر ولقد أتى به الفقيه "Roberto ago"[4]، ويقول أن الاندماج يكون شكليا ، فبرغم اندماج القانون الأجنبي في النظام القانوني الايطالي يحتفظ هذا الأخير بقيمته وفقا للنظام القانوني الذي نشأ في ظله و منه يفسر حسب المفاهيم الأجنبية للقانون الأجنبي[5].

وجهت عدة انتقادات لهذه النظرية، ومنها الانتقاد الموجه للأصحاب الاندماج المادي أي أن الاستقبال المادي تأميم القانون الأجنبي أي يؤدي إلى تفسيره وفقا لمفاهيم القانون ومنه ظهر اتجاه ثاني شوه مضمون القانون الأجنبي، أما الانتقاد الموجه لأصحاب الاندماج الشكلي أن القاضي لا يستوعب معظم القوانين الأجنبية، لأن هذا القوانين كثيرة ومعظمها معقدة حتى ولو كان شكلا فإن قانون القاضي لا يطبق كافة القوانين[6].

---

[1] نسرين شرقي و سعيد بوعلي، مرجع سابق، ص97

[2] بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص142

[3] بختة زيدون، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الدولية الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011، ص 111

[4] Jean DERRUPPE, Droit international privé, Dalloz,14éme edit, Paris,2001, p89.

[5] كمال عليوش قربوع، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومة الجزائر،2006، ص117

[6] سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص200.

ثانيا: موقف القضاء

1- القضاء الفرنسي:

قررت محكمة النقض الفرنسية بعد ان كانت ترى القانون الأجنبي مجرد واقعة انه يعتبر قانون وان القاضي ملزم بتطبيقه والبحث عن مضمونه من تلقاء نفسه وهذا من خلال قرارات الصادرة عنها 18 أكتوبر 1988 حيث ألقت اللوم على قضاة الموضوع لأنهم لم يفصلوا في النزاعين المطروحين عليها على مقتضى القانون الأجنبي الواجب التطبيق كأثر للالتزام الواقع على عاتقهم بأن يطبقوا قاعدة الإسناد فقضاة الموضوع كما قررت المحكمة قد حادوا عن جادة الصواب لانهم لم يطبقوا تلقائيا قاعدة التنازع الفرنسية الأمر الذي استتبع تطبيقهم للقانون الفرنسي بدلاً من القانون المختص أصلا[1].

وفي قرار آخر صادر عن محكمة النقض الفرنسية في 24 نوفمبر 1998 رأت المحكمة تطبيق القانون الأجنبي يعتبر قانون وأن القاضي ملزم بتطبيق القانون الأجنبي مثلما يقع عليه التزام تطبيق القانون الفرنسي، لكن بعد أن قررت محكمة النقض الفرنسية أن قاضي الموضوع ملزم بالتطبيق التلقائي للقانون الأجنبي تراجعت وقررت أن قاعدة الاسناد لا تكون ملزمة إلا اذا كان القانون الأجنبي المختص من المسائل التي لا يكون للأطراف حرية التصرف فيها أو اذا كانت قاعدة الاسناد مصدرها اتفاقية دولية[2].

وعليه فإن قاعدة تنازع القوانين تبقى ملزمة اذا كانت تتعلق باتفاقية دولية وفي غياب الاتفاقية الدولية يكون لها طابع اختياري الا في المواد التي لا يكون لها حرية التصرف فيها[3].

2- القضاء المصري:

استجابت محكمة النقض المصرية للاتجاهات الفقهية الحديثة في شأن اثبات مضمون القانون الاجنبي، وبعد تردد القضاء بين الشدة والتخفيف انتهى في حكم صادر عنه في 6 فبراير 1984 إلى أن القانون الاجنبي يعتبر قانون يقع على القاضي عبء اثباته، حيث ألقت في هذا الحكم على عاتق القاضي عبء اثبات مضمون القانون الأجنبي في حالتين[4]:

- اذا كان القانون الأجنبي من القوانين المعروفة لدى القاضي انها استقت احكامه من القانون المصري.

---

[1] محمد عبد العال عكاشة، تنازع القوانين دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص375

[2] Alexander Daniel, Conflits de loi, la loi étrangère devant les tribunaux français, établissement du contenu de la loi étrangère, JURISS – CLASSEUR , PARIS, 1999, p6

[3] للتفصيل في المسألة، أنظر، سهام عكوش مرجع سابق، ص ص 109 112

[4] هشام علي صادق، مرجع سابق، ص170

– اذا كان القانون الأجنبي من القوانين التي استقى القانون الوطني احكامه منها. اما اذا كان القانون الاجنبي غريبا عن القاضي فان عبء اثباته يقع على عاتق الخصوم ليس لان هذا الاخير يعتبر واقعة وإنما لصعوبة التعرف عليه وتكليف القاضي الخصوم بتقديم مضمون القانون الأجنبي هو إذعان لأمر المشرع بموجب قاعدة الاسناد الوطنية.

3– موقف القضاء الجزائري

في ظل غياب اجتهاد المحكمة العليا في الجزائر حول مسألة فرض رقابتها على تفسير القانون الأجنبي، فإن المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1] التي تنص على أن أحد أوجه الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا هو مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة، فحسب نص هذه المادة يفهم أن المشرع الجزائري اعتبر القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة كقانون يخضع تفسيره لرقابة المحكمة، حيث اعتبر المشرع الجزائري القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة كقانون، فإذا مارس القاضي الجزائري تطبيق القانون الأجنبي وارتكب مخالفة في تفسيره يمكن للخصوم أن تبني الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا على هذا الوجه[2].

بمفهوم المخالفة لنص المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يفهم أنه في غير هذه الحالة لا تخضع المخالفة في تفسير القانون الأجنبي لرقابة المحكمة العليا، غير أن المادة 360من نفس القانون[3]، تسمح للمحكمة العليا أن تنقض الحكم من تلقاء نفسها إذا خالف قضاة الموضوع أحد الأوجه الواردة في المادة 358، لذلك فليس ثمة مانع أساسي من الاعتراف للقانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة بهذا الحق أيضا التمييز بين القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة وبين القوانين الأخرى واجه انتقادا على أساس أن القاضي يعتبر القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة قانون يخضع تفسيره لرقابة المحكمة العليا، ومرة أخرى يعتبر القانون الأجنبي غير المتعلق به كواقعة ولا يخضع تفسيره لرقابة المحكمة العليا، ما يجعل القاضي في حيرة من أمره، مرة يعتبره قانون ومرة العكس، وعليه فمن الأحسن أن يلغى هذا التمييز كي يلزم قاضي الموضوع بتطبيق كل القوانين الأجنبية على قدم المساواة، وحتى تتمكن المحكمة العليا من رقابة تفسير كل القوانين الأجنبية[4].

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على اعتبار القانون الأجنبي قانونا

---

[1] تنص الفقرة 6 من المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية: ..... مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة، .....

[2] كمال عليوش قربوع، مرجع سابق، ص148

[3] تنص المادة 360 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: يجوز للمحكمة العليا أن تثير من تلقاء نفسها وجها أو عدة أوجه للنقض

[4] سهام عكوش، مرجع سابق، ص120

أولا: أثر اعتبار القانون الأجنبي مسالة قانون على إثباته

تشير قواعد الإسناد الوطنية باختصاص قانون أجنبي معين في نزاع مشتمل على عنصر أجنبي فعلى القاضي الوطني أن يرجع إلى هذا القانون ويقوم بإثباته وتطبيقه من تلقاء نفسه دون طلب من احد الخصوم سواء كان هذا قانون دولة بسيطة أو قانون ولاية من ولايات دولة مركبة وليس للقاضي أن يمتنع عن تطبيق هذا القانون بحجة عدم إمكان الاهتداء إلى أحكامه وإلا عدّ ممتنعا عن تحقيق العدالة، فالبحث عن القانون الأجنبي المختص والتثبت من وجوده وتطبيقه مهمة تقع على عاتق القاضي لا على عاتق الخصوم مثلما يقع عليه التزام البحث عن قواعد قانونه الوطني والتثبت من وجودها تماما[1].

إن اعتبار القانون الأجنبي قانون يستوجب قيام القاضي وحده بمهمة إثارة تطبيقه من تلقاء نفسه والسعي إلى التعرف على أحكامه وإثبات مضمونه، فهذا الالتزام تمليه عليه القواعد العامة في قانون المرافعات والتي تقضي بأن يطبق القاضي قواعد القانون على وقائع الدعوى دون حاجة إلى تمسك الخصم بأحكامه أو الكشف عن مضمونه، وفي سبيل ذلك يمكن للقاضي الاستعانة بالخصوم في إثبات مضمون القانون الأجنبي، ويحاول بعض الفقه تبرير التزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي إلى مبدأ المحكمة تعرف القانون[2]، فإذا تم تأكيد التزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي نتيجة للصفة القانونية لهذا الأخير فإن الإشكال الذي يثار هنا هو حول حدود التزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي[3]، ولما كان عبء إثبات مضمون القانوني الأجنبي واقعا على عاتق القاضي فإن الخصم غير ملزم بتقديم معلومات عن هذا القانون، فهذا يقودنا إلى التساؤل عن طريقة إثبات القاضي[4] مضمون القانون الأجنبي[5].

---

[1] غالب علي الداودي، القانون الدولي، الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2005 ، ص261

[2] من المبادئ المستقر عليها في قانون المرافعات هي أن المحكمة تعرف القانون ويفترض علمها بأحكامه وقواعد تفسيره، أنظر، هشام علي صادق، مرجع سابق، ص238

[3] فعلى القاضي أن يبحث في مدى صفة القانون وفقا للمبادئ العامة في الدولة الأجنبة ويبحث في مدى دستورية القانون الاجنبي وهل هذا القانون هو النافذ من حيث الزمان، ثم نرى طبيعة التزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الاجنبي، أنظر، أمل صوراني، مرجع سابق، ص75.

[4] من المقرر ان اثبات مضمون القانون الاجنبي جائز بكل الطرق ما عدا اليمين والاقرار وبالتالي يجوز للقاضي الالتجاء الى افادة الاخصائيين في القوانين الأجنبية الشفهية أو التحريرية والى الوثائق الرسمية المعطاة من ممثلية قنصلية أو سياسية أو التي استحصلت بواسطة الممثلين القنصليين والدبلوماسيين اضافة الى الوثائق المكتوبة الاخرى، أنظر، عبد الرحمن جابر جاد، القانون الدولي الخاص العربي، الجزء الثالث في تنازع القوانين، معهد الدراسات العربية، بيروت، 1961، ص60

[5] Ancel Bertrand, cour de cassation, Revue critique de droit international privé, N1, trimestrielle, DALLOZ, PARIS, Janvier-mars 2004, p95

ثانيا: أثر اعتبار القانون الأجنبي مسالة قانون على تفسيره

إذا أعمل القاضي القانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الإسناد الوطنية باختصاصه، وأخطأ في تأسيس حكمه على قاعدة غير نافذة في النظام القانوني الأجنبي أو على ترجمة غير دقيقة، أو على تفسير غير صحيح لأحكام ذلك القانون وقواعده، ثم رفع الطعن بذلك أمام المحكمة العليا لخطأ في تفسيره، فإن هذه الأخيرة تبسط رقابتها على قضاة الموضوع، حيث يؤمن أصحاب هذا الاتجاه بضرورة خضوع الخطأ في تفسير القانون الأجنبي لرقابة المحكمة العليا نتيجة للطبيعة القانونية للقانون الأجنبي ولاحتفاظه بصفته القانونية رغم عبوره الحدود، ولا يؤثر إعماله بعض الصعوبات الواقعية التي تواجه المحكمة عند مباشرتها لهذا العمل، فلا بد من فرض الرقابة على تفسير القانون الأجنبي ، كما يكاد يجمع الفقه في كافة الدول تقريبا على ضرورة رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبي، ويستند الفقه في تأييده لرقابة المحكمة العليا إلى العديد من الحجج[1].

احتفاظ القانون الاجنبي بالصفة القانونية رغم تجاوزه حدود الدولة التي أصدرته يستلزم بالضرورة إخضاع الخطأ في تفسيره لرقابة المحكمة العليا فاذا كانت قاعدة التنازع قاعدة وطنية يلتزم القاضي بتطبيقها باعتبارها خطابا من مشرعه فلو حصل خطأ في تطبيق قاعدة التنازع فان الرأي في الفقه المقارن يقول بإخضاع ذلك لرقابة المحكمة العليا لأن مهمتها هي المحافظة على وحدة التفسير والحلول وسلامة تطبيق القانون، فلو تمسك المدعي بأن الحكم المطعون فيه لم يطبق القاضي فيه القانون المختص نتيجة عدم التفسير الصحيح لقاعدة التنازع فإن المحكمة تراقب ذلك التفسير وكمثال على ذلك انحراف القاضي بتفسير القاعدة ويطبق قانونه بدلا من القانون الاجنبي أو يطبق قانون الموطن في مسألة من الاحوال الشخصية بدلا من قانون الجنسية ففي هذه الفروض يمكن التمسك بالخطأ في التطبيق أو الإساءة في التفسير ونشير الى ان رقابة المحكمة العليا على الخطأ في إعمال قاعدة الاسناد او إساءة تفسيرها تعد رقابة عامة تحكم كل القواعد المتعلقة بالمعاملات المالية أو الاحوال الشخصية[2].

إن موقف المشرع الجزائري حول إشكالية رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبي يفهم من خلال نص المادة 358 من قانون الإجراء المدنية والإدارية في ظل غياب اجتهاد المحكمة العليا، فالمشرع الجزائري تكلم في المادة السابقة عن أوجه الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا والذي قبل الطعن بالنقض لخطأ في تفسير القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة[3].

---

[1] أمل صوراني، مرجع سابق، ص84

[2] غالب علي الداوودي، مرجع سابق، ص274

[3] كمال عليوش قربوع، مرجع سابق، ص149

. المبحث الثاني:

إثبات و تفسير مضمون القانون الأجنبي وصعوبات تطبيقه

من المستقر عليه في قانون الإجراءات المدنية و الادارية أن الخصوم يثبتون الوقائع الدعوى وأن القاضي يطبق القانون طبقا لما ثبت أمامه من وقائع فيستجيب لطلبات الخصوم أو يرفضها، إلا أن الأمر مع القانون الأجنبي يختلف، فهذا الأخير لا ينشر في دولة القاضي ولا يفترض علم القاضي به كما هو بالنسبة لقانونه الوطني.

المطلب الأول: تطبيق مضمون القانون الأجنبي من حيث الإثبات والتفسير

هناك عدة تساؤلات حول إثبات القانون الأجنبي ومدى تأثيره على القاضي حيث تطرق إليه الفقه والقضاء لفك مشكل التساؤل في تفسيره و اثباته ويكون عبء هذا الاثبات على عاتق القاضي أم الخصوم، فعندما تشير قواعد الاسناد الوطنية في قانون القاضي إلى تطبيق قانون الأجنبي في النزاع القائم بعنصر أجنبي[1].

الفرع الأول: إثبات مضمون القانون الأجنبي.

لم يطرح مشكل إثبات مضمون القانون الأجنبي إلا مع ظهور القانون الدولي الخاص وهو ما يفسر غياب التنظيم التشريعي لهذه المسألة عند نشأتها، وقد عمل الاجتهاد القضائي خاصة على مستوى فرنسا وانجلترا على سده فاتجهت الدول في بادئ الأمر إلى اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة، وهو ما أدى إلى إلقاء عبء إثباته على عاتق الخصوم وقد تطور بعد ذلك الاجتهاد القضائي شيئا فشيئا إلى أن استقر على إلقاء عبء إثبات مضمون هذا القانون على عاتق القاضي[2].

أولا: عبء اثبات القانون الأجنبي

لما تحدثنا عن طبيعة القانون الأجنبي اتضح لنا أن هناك قوانين تعامله معاملة الوقائع وقوانين تعامله معاملة القانون، لذا من البديهي أن يترتب على هذا اختلاف في تحديد الجهة التي يقع عليها عبء إثبات مضمونه و الوسائل المستعملة في ذلك.

1- عبء يقع على عاتق الخصوم: عندما تطرقنا حول طبيعة القانون الأجنبي تبين لنا أن هناك قوانين تعامله على أساس واقع و هناك قوانين تعامله على أساس قانون، فالقوانين التي تعامله على أساس واقع تجعل عبء

[1] جميلة أوحيدة، آليات تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص المغربي،مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الأولى 2007، ص18.

[2] هشام علي صادق، مرجع سابق، ص130

اتباث مضمونه يقع على عاتق الخصوم، وأن المحكمة لا تقوم الاتباث من تلقاء نفسها بل تكون من طلب الخصوم ولقد جاءت كل من تونس[1] وفرنسا وقد جاء في حكم صادر محكمة النقض المصرية بتاريخ:07 يوليو 1955 أن الاستناد في القانون الأجنبي و على ما جرى به القضاء هذه المحكمة، لا يعدو إلا أن يكون مجرد واقعة و هو ما يوجب على الخصوم إقامة الدليل عليه [2] التي تعامل القانون الاجنبي معاملة واقع فإنها تجعل العبء يقع على عاتق الخصوم.

إن عبء الاتباث في نظام القانوني يختلف بحسب معاملته للقانون الأجنبي لذلك فان الدول التي تعامله معاملة القانون يكون فيها عبء الاتباث على القاضي ملزم بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي لكنها لا تحرمه من الاستعانة بالخصوم مثل القانون الفرنسي الذي أوقعت محكمة النقض الفرنسية عبء اتباث القانون الأجنبي على الخصوم الذي يتمسك بتطبيقه ، لكنها سمحت للقاضي بالبحث عن مضمونه حتى في حالة عدم تمسك الأطراف بتطبيقه مجيزة له أيضا اللجوء إلى الخبرة عند تقديم الخصوم شهادات متناقضة عن مضمون القانون الأجنبي، وكذلك هنالك دول تعامله معاملة الواقع فهي تجعل عبء اتباثه على الخصوم الذين يتمسكون بتطبيقه وفي حال اذا تمسك كلتى الطرفين بتطبيقه فانه يجوز للقاضي من جهة أخرى البحث عن مضمون هذا القانون و بإمكانه اللجوء إلى معرفة القاضي الشخصية بالقانون الأجنبي[3].

2- **عبء الاثبات يقع على عاتق القاضي**: إن إعتبار القانون الأجنبي قانونا يترتب عليه الزام القاضي بالرجوع الى القانون الأجنبي يقوم بتطبيقه و تفسيره و إثباته من تلقاء نفسه دون أن يطلب من أحد الخصوم و هو ما جاء به الفقه الحديث وبعض القضاء كقضاء الايطالي الذي قد تواتر على أن القاضي يطبق القانون الأجنبي تلقائيا، وعليه البحث من تلقاء نفسه عن مضمونه دون أن يلزم الخصوم بذلك [4] والألماني ينظر إلى مسألة تطبيق القانون الاجنبي على أنها مسألة قانون لذلك فالقاضي ملزم بتطبيق القانون الأجنبي وعليه البحث عن مضمونه من تلقاء

[1] الفصل 32 من مجلة القانون الدولي الخاص "يمكن للقاضي بصفة تلقائية إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي المعين بقاعدة الاسناد في حدود إمكانيات علمه به، وفي أجل معقول بمساعدة الأطراف عند الاقتضاء.

وفي الحالات الأخرى فإن الطرف الذي تكون دعواه مستندة على قانون أجنبي مطالب بإثبات محتواه" و يكون الاثبات كتابة بما في ذلك الشهادات العرفية، و إن تعذر إثبات محتوى القانون الأجنبي فإنه يقع العمل بالقانون التونسي و يجب في جميع الحلات احترام مبدأ المواجهة.

[2] هشام علي الصادق، المرجع السابق، ص156.

[3] بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 148

[4] هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 162.

نفسه دون أن يلزم الخصوم بذلك [1] بعدما غيرت محكمة النقض موقفها و أصبح عبء اتباث مضمون القانون الأجنبي على عاتق المختص مع استعانة بالخصوم ولقد أتت معها في ذلك محكمة النقض المصرية بحكم الصادر بتاريخ 06 فيفري 1984[2].

- **موقف المشرع الجزائري من عبء الإثبات:** إن المشرع الجزائري قد استخدم تطبيق القانون القاضي بحيث نصت المادة 23 مكرر من قانون المدني على أن " يطبق القانون الجزائري إذ اعتذر اتباث القانون الأجنبي الواجب تطبيقه" ونص المشرع الجزائري في القانون المدني حول مسألة عبء اتباث القانون الأجنبي، إذ لا يوجد نص قانوني صريح يحدد موقف المشرع الجزائري في مسألة عبء اتباث القانون الأجنبي أما في الفقه الجزائري فهناك من رأى بضرورة التفرقة بين المسائل الأحوال الشخصية بناء على نص المادة 233 من قانون الاجراءات المدنية القديم حيث أنه يلقى عبء اتباث القانون الأجنبي على الخصوم في خارج المسائل الأحوال الشخصية، غير أن المشرع نص على قواعد الاسناد بين المادة 09 و المادة 24 من القانون المدني، تعني بالزام القاضي بتطبيقها وعليه فان القاضي ملزم بإثبات القانون الأجنبي[3].

ثانيا: وسائل اثبات القانون الأجنبي

إن وسائل الاثبات لها خصوصية وذاتية وهي التي تقيم الدليل على محتوى القانون الأجنبي بحيث يلجأ لها القاضي لإثبات وقائع الدعوى، وفي ظل سكوت التشريعات الحديثة ومنها المشرّع الجزائري عن وسائل إثبات القانون الأجنبي، يتجه الفقه الحديث إلى عدم التقيد بطرق الإثبات القضائي التي نظمها المشرع لإثبات الوقائع وإعطاء حرية أكبر للقاضي للالتجاء إلى كافة وسائل العلم بالقانون الأجنبي التي يراها الأصلح للوصول إلى مضمون هذا القانون[4].

1- وسائل الاثبات الشفوية: إن القانون الأجنبي يحتاج إلى خبرة واضطلاع وبيانات تحريرية ووسيلة شفوية وهي الخبرة الشفوية تعود الخبة الشفوية بفائدة مزدوجة لكل من المحكمة والخصوم بحيث ان الادعاءات الخبير الى المحكمة عن قرب من مدى تقتها فيه ومن حملة أخرى يتمكن من الجهة الأخرى و يتيح حضور الخبير إلى محكمة الخصوم[5]

[1] علي علي سليمان، مرجع سابق، ص137.

[2] هشام علي الصادق ، مرجع سابق ، ص 160

[3] إسعاد محند، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، ترجمة فائز انجق ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر1989، ص227.

[4] جميلة أوحيد، مرجع سابق، ص28

[5] نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني ، دار هومة، الجزائر 2001، ص 65

وفي المادة 49 من قانون الاجراءات المدنية والادارية في الفقرة 1 و 4 "تحدد في الحكم القاضي بإجراء الخبرة مهلة للخبير، يتعين عليه فيها ايداع تقريره الكتابي أو الإدلاء بتقرير الشفوي" .

يوضع التقرير الشفوي بالجلسة، أما إذا كان التقرير كتابيا فإنه يودع بكتابة الضبط للمحكمة ويبلغ للأطراف قبل النداء على الدعوى"

إن الخبرة الشفوية من الوسائل الشائعة التي يعتمدها القضاء الانجليزي لإثبات القانون الأجنبي، والقاضي الانجليزي لا يمكنه البحث من تلقاء نفسه ومنهم أراء المختصون الذين تضاربوا في مواجهة المحكمة في موقف تعددهم الأمر الذي يقتضي من القاضي تقدير آرائهم و اختيار منها الأكثر قربا الى الصواب لا سيما لو كان من بين المختصون من لا يحسن لغة القاضي، في حال اذا كان الخبير لا يحسن لغة القاضي واستعان بالمترجم فقد يحدث أن لا يستطيع ذلك المترجم بان ينقل المصطلحات القانونية بدقة المطلوبة و ذلك بخلاف الخبرة المكتوبة التي يمكن ترجمتها عن طريق الهيئة ترجمة متمكنة واحصائية، حيث تتمثل عيوب الخبرة الشفوية كوسيلة للإثبات القانون الأجنبي تتمثل في ما يلي[1]:

– أنه قد تتضارب أراء الخبراء أمام المحكمة في حالة تعددهم، مما يتعين على القاضي إلا أن يقدر آرائهم ويختار منها الأقرب إلى الحقيقة، وتثور الصعوبة لما يكون منهم من لا يحسن لغة القاضي، فقد يميل القاضي إلى غيره ممن يحسن لغته.

– أنه قد تؤدي مناقشة الخبير إلى إدلائه بمعلومات ناقصة وعدم إحاطة الخصوم علما بأحكام القانون الأجنبي، مما يدفعهم إلى مناقشة نقاط فرعية قد تبعد القاضي عن حقيقة المشكل محل البحث وفقا للمبادئ العامة للقانون الأجنبي.

– أنه في حالة ما إذا كان الخبير لا يحسن لغة القاضي، إذ تلجأ المحكمة إلى ترجمة ما يدلي به الخبير، حيث لا يستطيع المترجم أن ينقل المصطلحات القانونية بالدقة المطلوبة، و هذا عكس الخبرة المكتوبة حيث تكون الامكانيات مع الوقت الكافيين للترجمة الدقيقة.

2– وسائل الاثبات المكتوبة: تتميز وسائل الاثبات المكتوبة كونها أكثر تنوعا واستعمالا في اثبات القانون الأجنبي على خلاف وسائل الاثبات الشفوية، كما سيتبين البيان حيث نجد منها الخبرة المكتوبة، النصوص القانون الأجنبي، والمؤلفات الفقهية، والأحكام القضائية.

[1] نادية فضيل، مرجع سابق، ص66

– **الخبرة المكتوبة:** وهي مستندات مكتوبة يصدر عن شخص متخصص و محيطا بالقوانين الأجنبية من قبل أخصائيين في القانون المراد إثباته ، يرجع هذا الى ما جرى به العمل في عدة دول وفي فرنسا قبل صدور تقييم مجموعة نابليون والتي سميت بالشهادات العرفية يحررها المختصون في هذه الأعراف ولقد أخد بها المشرع التونسي بالخبرة المكتوبة لإثبات مضمون القانون الاجنبي بالخبرة تكون بواسطة تقرير مكتوب يقدمه خبير مختص الى القاضي، والخبرة المكتوبة هي وسيلة ناجعة وأكتر انتشارا، حيث رتب المشرع الجزائري أحكام الخبرة القضائية في المواد من 125 إلى 145 من القانون الاجراءات المدنية والادارية[1] لذلك فلا مانع للقاضي بأن يلجأ بخبير بخصوص اثبات القانون الأجنبي وتخضع الخبرة المكتوبة لتقدير القاضي حيث أنه غير ملزم بنتائج هذه الخبرة[2]، كما يعتمد القضاء الفرنسي عموما في اثبات مضمون القانون الأجنبي على ما يسمى بالشهادات العرفية، وتعود تسميتها بهذا المصطلح إلى ما جرى عليه العمل في فرنسا قديما قبل صدور تقنين مجموعة نابليون، بحيث كانت كل مدينة يحكمها عرف محلي خاص بها، وكانت وسيلة إثبات هذه الأعراف هي شهادات يحررها مختصون في العلم بهذه الأعراف، لذا إن الخبرة المكتوبة يجب أن تعرض على الخصوم لمناقشتها حيث لا يجوز للقاضي اعتمادها تلقائيا، لأن ذلك من شأنه أن يشكل مفاجأة لهم تتنافى مع حقوق الدفاع، كما أن مناقشتها قد تظهر للقاضي غموضا مما فقد يدعو الخبير لتوضيحه، كما أن الخبرة المكتوبة كالخبرة الشفوية تخضع أيضا لتقدير القاضي، فهو الوحيد الذي لديه السلطة التقديرية في اختيار نوع الخبرة شفوية أو مكتوبة[3].

– **النصوص القانون الأجنبي وترجمتها:** يمكن لاعتماد الوسائل لإثبات القانون الأجنبي حيث يمكن للقاضي بأن يستعين بنصوص القانون الأجنبي أو بترجمتها في عملية الاثبات و هي صادرة في جريدة رسمية[4] ففي إطار مبدأ حرية القاضي في اثبات مضمون القانون الأجنبي يمكن له اعتماد وسيلة هامة لإثبات القانون الأجنبي، كما هي صادرة في الدولة الأجنبية مصدرة هذا القانون، أو اعتماد ترجمتها، بحيث كل ما كانت هذه النصوص صادرة من هيئة مختصة أو واردة في مؤلف علمي معتمد و كانت لها مصداقية أكبر في الاثبات بحيث أن ذلك لا ينثل شرطا

[1] مادة 144 من قانون الاجراءات المدنية والادارية "القاضي غير ملزم برأي الخبير غير أنه ينبغي عليه تسبيب استبعاد نتائج الخبرة.

[2] إسعاد محند، مرجع سابق، ص39

[3] نادية فوضيل، مرجع سابق، ص68

[4] سامي بديع المنصورو نصري انطوان ديابو عبده جميل غضوب، القانون الدولي الخاص تنازع الاختصاص التشريعي، الجزء الاول، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت 2009 ، ص817.

لازما لقبول هذا الدليل طالما اقتنع به القاضي و بذلك يكون القاضي قد استطاع أن يحقق جزء من هذا الاثبات[1].

– الأحكام القضائية: يجوز للقاضي تقديم الأحكام القضائية في حالة إلقاء عبء إثبات القانون الاجنبي على الأطراف المتنازعة سواء كانت هذه الاحكام صادرة عن القضاء الوطني تطبيقا للقانون الأجنبي أو كانت صادرة عن المحاكم الأجنبية ذاتها وهي التي تساهم في الكشف عن القواعد قانون الاجنبي، لذلك تظهر أهمية الاحكام القضائية كوسيلة لإثبات مضمون قانون الاجنبي في القوانين التي تعتمد السابقة القضائية، هذا تطبيقا لمبدأ حرية الاثبات حيث يجوز للقاضي بالاستعانة في اثبات مضمون قانون الاجنبي أيضا بالأحكام القضائية السابقة فمثلا أن يعتمد القاضي الجزائري على الحكم الصادر عن القاضي الفرنسي متضمنا إثباتا لمضمون القانون الألماني في خصوص مسألة التي تتعلق بالانفصال الجسماني مثلا[2].

إن الاستناد إلى الأحكام القضائية السابقة يؤدي إلى خطورة تشويه القانون الأجنبي وهذا التشويه ينجم من خلال احتمال عدم تطابق الواقعة محل النزاع في الحكم السابق مع الواقعة المعروضة أمام القاضي كما أن المحكمة تضطر دائما لتفسير الحكم السابق الذي سبق له أن فسر بدوره القانون الأجنبي مما يجعل هذا الحكم محلا للتفسير على مستويين و هذا كله يؤدي إلى تشويه القانون الأجنبي[3].

إن لهذه الوسيلة مشاكل تتمثل في احتمال أن يرد على القانون الأجنبي تعديلا بعد صدور الحكم، أو أن تختلف الواقعة محل النزاع في الحكم السابق مع الواقعة المعروضة أمام القاضي الوطني، كما أن القاضي الوطني قد يعتمد دائما لتفسير الحكم السابق الذي سبق له أن فسر بدوره القانون الأجنبي محل الاثبات، وبهذا يجعله محلا للتفسير على درجتين، وبذلك فإن هذه طريقة معيبة قد تؤدي إلى مسخ القانون الأجنبي و تشويهه[4]

– المؤلفات الفقهية: بإمكان القاضي أن يستعين بالمؤلفات الفقهية كوسيلة للإثبات القانون الاجنبي والبحث في مضمونه التي تتضمن شحره وتفسيره لهذه القوانين والتي يقدمها له الخصوم وهذا استنادا لمبدأ الحرية إثبات القوانين الأجنبية التي تقضي بقبول أي دليل من شأنه أن يسهل للقاضي[5].

---

[1] محمد عبد العال عكاشة، مرجع سابق، ص 394.

[2] محمد عبد العال عكاشة، مرجع نفسه، ص396

[3] هشام علي صادق، مرجع سابق، ص ص 300 301

[4] محمد عبد العال عكاشة، مرجع سابق، ص397

[5] نادية فوضيل، مرجع سابق، ص74

نستنتج من كل الوسائل التي ذكرناها أنها تخضع لسلطة تقدير القاضي ويستعين بها على سبيل الاستدلال فان القاضي له السلطة التقديرية في اختيار نوع الخبرة شفوية أم مكتوبة كما أنه يمكن للقاضي أن يستعين بالنصوص القانونية فإذا رأى أنها غير دقيقة استبعدها و كذلك في المؤلفات الفقهية والأحكام الاجنبية للمحاكم[1].

الفرع الثاني: تفسير مضمون القانون الأجنبي

إن القاضي وهو بصدد تطبيق القانون الأجنبي فقد يصادف غموض في بعض نصوصه مما يستدعي ذلك تفسيرها لإعطائها المعنى الصحيح وحسن تطبيقه وسؤال الذي يثار هنا هو وفق اي مفاهيم يفسر القانون الأجنبي من قبل قاضي النزاع هل وفقا لمفاهيم الوطنية الواردة في قانونه أم وفقا للمفاهيم والأفكار والمبادئ السائدة في دولة القانون الأجنبي، وقد يحدث أن يخطئ القاضي في تطبيق أو تفسير القانون الأجنبي فهنا نستطيع القول بأن القاضي الوطني يكون تحت الرقابة المحكمة العليا والتي تراقب سير مرحلة تطبيق القانون الأجنبي المختص.

أولا: تفسير القاضي الوطني للقانون الاجنبي

يطرح تفسير القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني مشكل كيفية تفسير القاضي الوطني للقانون الأجنبي، حيث أن تفسير القاضي للقانون الأجنبي يطرح تساؤلا حول أي قانون سوف يعتمده القاضي في هذا التفسير، حيث أن ذلك سوف يؤثر حتما على نتيجة الفصل في النزاع، والذي سوف يؤثر على مصلحة الخصوم، وهذا ما كان محلا خلاف في الفقه و القضاء و الذي يتمحور على اتجاهين الاتجاه الأول: تفسير القانون الأجنبي وفقا لقانون القاضي، أما الاتجاه الثاني تفسير المعطى له في دولته الأصلية[2].

1- تفسير الذي يخضع له قانون القاضي إن القاضي الوطني يتمتع بالحرية في تفسير القانون الأجنبي حيث اختلفت آراء الفقهية فالبعض يرى أن القاضي يفسر القانون الاجنبي كما يفسر قانونه بنفس الأسلوب أي يلتزم بالبحث عن نية المشرع من اقرار ذلك التنظيم، ولهذا يجب للقاضي الوطني أن يأخذ بالحلول القضائية في الدولة التي يطبق قانونها حتى و ان لم يكن القضاء هو المصدر الرسمي لقواعد القانون أي ألزم القاضي تبني الحلول القضائية السائدة في الدولة و هنا يطبق قانونها أي أن المشرع الجزائري يسعى الى تحقيقها بموجب قواعد الاسناد الوطنية انتقدوا هذا الاتجاه على أساس أن تفسير القانون الأجنبي وفقا لقانون القاضي، فقد يؤدي ذلك إلى تحريفه و إعطاءه معنى مغاير لمعناه الأصلي[3].

---

[1] محمد عبد العال عكاشة، مرجع سابق، ص398

[2] شرقي نسرين و بوعلي سعيد ، مرجع سابق، ص 101

[3] سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص211

2- يرى الفقه الغالب بأن القاضي يجب أن يتقيد في تفسيره للقانون الأجنبي بالتفسير السائد في الدولة التي صدر فيها، فيأخذ بالحلول القضائية المستقرة فيه أما بالرجوع الى القانون الجزائري نجد غياب نص قانوني يلزم القاضي بالتفسير القانون الاجنبي بكيفية التي يفسر بها في دولته إلا أنه من موجب عليه هو تفسير القانون الاجنبي حسب المبادئ القانونية المعمول بها في النظام القانوني كما أن ذلك ينسجم مع احتفاظ القانون الاجنبي واستقلاله عن قانون القاضي ولو أن تطبيقه حصل في غير بلده فعلى القاضي الوطني أن يعطي للقانون الاجنبي التفسير المعتمد في الدولة التي ينتمي اليها[1].

ثانيا: رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الاجنبي

إن القاضي الوطني لما يقوم بتطبيق القانون الأجنبي لا شك أنه قد يخطئ أو يصيب في تفسيره للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق على نزاع المطروح ففي هذه الحالة يجب عليها تطبيقها للوصول الى حل نهائي للنزاع و هنا سوف نتطرق الى تأييد رقابة محكمة العليا ومدى امكانية رفضها.

1- تأييد لرقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبي: إن فرض رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبي فهي تحدد من صلاحيات القاضي الوطني عند تطبيقه للقانون الأجنبي وأنه على أساس لا يخضع لرقابة المحكمة العليا لهذا يستوجب الأمر فرض الرقابة المباشرة على عملية التفسير القانون الأجنبي[2].

إن مهمة المحكمة العليا هي توحيد الحلول القضائية في الدولة بحيث أن يستلزم فرض رقابتها على تفسير القوانين و ليس واقعة يؤدي الى القول بأن الخطأ في تطبيقه يعتبر خطأ في تطبيق قاعدة الاسناد[3].

2- رفض رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الاجنبي: إن الخطأ في تفسير القانون أجنبي غير خاضع لرقابة المحكمة العليا على أساس أن هذه تسعى إلى وحدة القانون الداخلي وأما وحدة القانون الاجنبي فهي من مهام المحكمة العليا في بلد ذلك القانون وليس المحكمة العليا في بلد ذلك القانون وليس محكمة العليا في غير هذا البلد أن تتدخل في تفسير المحاكم الدنيا لهذا القانون لاسيما وأن مثل هذا القانون قد يطبق في بلاد متعددة مما

[1] الطيب زروتي، مرجع سابق، ص256،

[2] محمد عبد العال عكاشة، مرجع سابق، ص475

[3] هشام علي صادق، مرجع سابق، ص188

يجعل وحدة تفسيره غير ممكنة ثم ان المفروض في المحكمة العليا الوطنية أنها على غير علم بهذا القانون والمحكمة الدنيا إنما تلجأ إلى مختلف الطرق للتحقق من وجوده ومن مضمونه[1].

إن قبول الرقابة على تفسير القوانين الأجنبية فيه إرهاق لمحكمة النقض و تكليفها بأعباء هي في غنى عنها يصعب مواجهتها نظرا لكثرة القضايا المعروضة عليها، و هي لا تملك من وسائل التي تسمح لها بهذا العمل، ذلك أن رقابتها لتفسير القانون الأجنبي يقتضي منها أن تتصدى للبحث عن مضمونه، وهذا ما يفرض عليها البحث في مسائل واقعية تخرج عن سلطتها، كما يجب عليها أن تسهر على وحدة وصحة تطبيق قوانين كل الدول و هذا أمر متعذر و يتناقض مع طبيعة عملها[2].

فقد كانت محكمة النقض الفرنسية أسبق من غيرها في اعتناق مبدأ انعدام الرقابة على تفسير القوانين الأجنبية ففقي ظل نظام النقض الفرنسي تحتل المحكمة العليا مركز القمة بالنسبة للجهة القضاء العادي و مهمتها العمل على توحيد القانون عن طريق توحيد القضاء فبمقتضى هذا النظام لا تعتبر محكمة النقض درجة الثالثة من درجات التقاضي و أنه ليس لمحكمة النقض أن تتعرض لواقع النزاع و لكنها تسلم بالواقع كما قررتها محكمة الموضوع ثم تنظر فيما اذا كانت تلك المحكمة قد أصابت أو أخطأت في تطبيق القانون على تلك الواقع[3].

غير أنه فإن القانون الأجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة مادية يجب اقامة الدليل عليها و مادام هو كذلك فإنه لا يخضع لرقابة المحكمة العليا التي هي محكمة قانون لا محكمة واقع و بالرجوع إلى المادة 358 من القانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري و التي حددت أوجه الطعن بالنقض نجد أن الوجه 6 مأخوذ من مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة الأمر الذي يستبعد القوانين الأجنبية غير المتعلقة بقانون الأسرة من رقابة المحكمة العليا لأن القانون الأجنبي غير المتعلق بهذا القانون يعد في حكم الواقع بمفهوم المخالفة لنص المادة[4].

المطلب الثاني: الصعوبات التي تعترض القاضي الوطني عند تطبيق مضمون للقانون الأجنبي

يمكن القول أن الصعوبات التي تعترض القاضي عند تطبيق مضمون القانون الأجنبي، هي صعوبات حقيقية لا يمكن أن يتجاهلها المشرع عند بحثه لقواعد التنظيم القانوني، فمهمة القاضي ليست سهلة بل تعترضها

[1] سمية أوكسل، تطبيق القانون الأجنبي في ظل قواعد الاسناد الوطنية، مذكرة تكميلية لنيل شهادة ماستر ،فرع قانون دولي خاص، كلية الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي أم بواقي،2015 ص57

[2] كمال كربوع عليوش، مرجع سابق، ص152

[3] محمد عبد العال عكاشة، مرجع سابق، ص475

[4] إسعاد محند، مرجع سابق، ص234

الصعوبات من جميع النواحي، غير أن هذه الصعوبات لا تسوغ بأي حال من الأحوال إلى رفض القاضي لتطبيق مضمون القانون الأجنبي[1].

إن الصعوبات التي تواجه القاضي، إما أن تكون صعوبات مادية أو قانونية ترجع إلى مصادر القانون الأجنبي وطبيعة هذه المصادر، فقواعد القانون الأجنبي قد تكون مكتوبة وقد يكون مصدرها العرف أو القضاء أو الفقه. وفي كل هذه الأمور تعترض القاضي بعض الصعوبات يجب عليه العمل على تذليلها، ونستطيع أن نحدد هذه الصعوبات من خلال الفروع التالية[2]:

الفرع الأول: الصعوبات من حيث الجانب الشكلي للقانون الأجنبي

أولا: حالة كون القانون الأجنبي مكتوباً

إذا كان القانون الأجنبي مكتوباً، فأن ثمة صعوبتين تعترضان تطبيقه[3]:

– الأولى: مادية تتعلق باللغة التي دون بها القانون الأجنبي وهي غالباً ما تكون لغة أجنبية قد يجهلها القاضي، فيضطر إلى الاستعانة بالترجمة ولا يخفى أن دقة هذه الترجمة تتوقف على الشخص المترجم، حيث يمكن أن يتصور أنه من المحتمل أن يصل القانون إلى يد القاضي وقد شوهت الترجمة نصها الأصلي، ويزيد الأمر صعوبة عندما يكون الخبير الذي يعتمد عليه القاضي في ترجمة النص أجنبياً، فترجمة هذه النصوص قد تكون غير مأمونة في نقل المصطلحات القانونية بالضبط والدقة، واذا كان الأمر سهلاً في بعض الحالات بالنسبة للدول الكبيرة، لسهولة التعرف على لغتها وقوانينها، فإن الأمر يختلف بالنسبة لدول أخرى كثيرة، فمثلاً يوجد العديد من التشريعات العربية بنصين النص العربي والنص الأجنبي، وهو عادة باللغة الفرنسية والانجليزية.

وقد تختلف الألفاظ في مفهومها بين اللغة العربية واللغة الأجنبية في بعض القواعد، فيحسم الاختلاف بوجوب الرجوع إلى النص العربي، وقد استقر القضاء في تونس على أنه إذا تضارب النص المحرر باللغة العربية مع النص المكتوب في اللغة الفرنسية، يجب على القاضي الأخذ بالنص العربي، واذا كان هذا الشأن ترجمته القانون الوطني، فكيف يمكن اعتبار ترجمة قد تكون رسمية أو غير رسمية لقانون أجنبي قد لا يعرف عنه غير النص المترجم بدون إمكانية الرجوع للأصل، لسبب من الأسباب، وأهمها عدم العلم باللغة المحرر بها الأصل.

---

[1] ابراهيم صالح الصريرة ، علاء محمد الفواعير، مرجع سابق، ص1257

[2] غالب علي الداوودي، مرجع سابق، ص87

[3] ابراهيم صالح الصريرة ، علاء محمد الفواعير، مرجع سابق، ص1258

– أما الصعوبة الثانية: هي صعوبة قانونية تنشأ من تحديد القيمة للقانون الأجنبي وتتجلى هذه الصعوبة في الإجراءات المعينة التي تتخذها كل دولة بشأن نفاذ قانونها كالتصديق والنشر وموافقة القانون للدستور وسريانها على الماضي، مما يستلزم على القاضي، كي يكون تحديده للقانون الأجنبي دقيقاً، أن يتأكد بأن القانون الأجنبي الواجب التطبيق قد مر بالخطوات التي يقررها القانون العام للدولة التي شرع فيها[1].

ثانيا: مشكلة تفسير القانون الأجنبي

عندما يطبق القاضي الأجنبي فأنه سيواجه أشكالاً عند تفسيره لقواعد هذا القانون فهل يلجأ القاضي إلى نفس الأسلوب الذي يتعبه في تفسيره للقانون الأجنبي الذي يريد تطبيقه أم يتبع ، في ذلك طريقة أخرى هناك اختلاف في وجهات النظر بالنسبة لهذه المشكلة، فمن الفقهاء من يرى إعطاء القاضي كامل الحرية في تفسير القانون الأجنبي باعتبار إن هذا القانون امتزج مع القانون الوطني وأصبح جزءاً لا يتجزأ منه، وتذهب وجه نظر أخرى خلاف ذلك وتدعو إلى تفسير القانون الأجنبي وفق للمفاهيم والظروف التي طبق فيها هذا القانون في الدولة التي صدر فيها، وعندئذ يتحتم على القاضي التقيد بقرارات المحاكم واتجاه الفقه في الدولة التي يراد تطبيق قانوناً، وقد أخذت بهذا الاتجاه، محكمة النقض المصرية[2].

الفرع الثاني: الصعوبات من حيث مصدر القانون الأجنبي

أولا: حالة كون القانون الأجنبي مصدره العرف

إذ كان القانون الأجنبي مصدره العرف، كما هو الحال في القانون الانجلوساكسوني فإن الصعوبات التي يواجهها القاضي لا تقل عن تلك التي رأيناها بمناسبة تطبيق القانون المكتوب، وذلك لأن القانون الذي مصدره العرف، يثير صعوبة تتعلق بمعرفة وقت نشوئها وكيفية ظهورها كما أن هناك خلافاً في الصفة القانونية لبعض القواعد التي مصدرها العادة، كالاستعمالات التجارية الواجبة الإتباع، فمنهم من ينكر عليه صفة القانون ويعدها شرطاً من شروط العقد ويلزم الخصوم التمسك بها، ومنهم من يصفها بقواعد قانونية يلزم القاضي بالبحث عنها وتطبيقها من تلقاء نفسه، مع ذلك فإن التغلب على هذه الصعوبة ليس مستحيلاً إذ يمكن دائماً الوصول إلى معرفة وجود أو عدم وجود العرف أو العادة وقت ظهورها والتثبت من ذلك.لا يفترض علم القاضي به كعلمه بالقانون الوطني المبني على قرينه النشر بالجريدة الرسمية، فإنه يمكن النظر إلى هذا القانون بنظرة خاصة تختلف عن القانون الوطني

[1] ابراهيم صالح الصريرة ، علاء محمد الفواعير ، مرجع سابق ، ص1257

[2] سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص200

وإن كان القانون الأجنبي تشريعاً وذلك بتقريبه بوضع العرف في القانون الوطني مع الفارق، فالعرف يعد قانوناً ولكنه لا يعمل من حيث العلم به مثلما هو الأمر في التشريع، فالمشرع يجيز للقاضي في هذه الحالة أن يتأكد منه باللجوء إلى طرق أخرى بالاعتماد على ذوي الخبرة في المهنة التي نشأ ذلك العرف بين أفرادها[1].

ثانيا: حالة كون القانون الأجنبي مصدره الفقه أو القضاء

إذا كان الفقه مصدراً للقانون، فإن الصعوبات التي تظهر، تتحد في معرفة القيمة القانونية لهذه المصدر بالنسبة لكل دوله، فمثلاً أن فقهاء القانون الدولي الخاص يتمتعون بمركز ممتاز أمام المحاكم الانجليزية وكثيراً ما تأخذ أقوالهم بأنها قضية مسلم بها، فلهذه المحاكم أن تأخذ بأقوال الفقهاء كما تأخذ بها المحاكم الانجليزية نفسها.

تثور الصعوبة في معرفة القيمة القانونية لأحكام القضاء التي مصدرها القضاء في الدولة التي صدرت فيها، لأن القضاء يختلف باختلاف الدول، ففي انجلترا والولايات المتحدة الأمريكية تعطى للسوابق القضائية قوة إلزامية كقوة القانون ويلزم القاضي الأخذ بما ورد فيها، وليس الأمر كذلك بالنسبة لبعض الدول الأخرى كفرنسا ومصر والعراق، فالأحكام القضائية ليست لها إلا قيمة نسبية ولا تفيد إلا الخصوم في الدعوى، وعليه فإن على القاضي عند إثباته للقانون الأجنبي، أن يتأكد من قيمة السوابق القضائية بالنسبة لذلك القانون، فإذا اتضح له أن لها قوة القانون، فعند ذلك يكون ملزماً بالبحث عنها ومعرفتها وهذا ما يثير صعوبات قد لا يستطيع القاضي أن يقوم بتذليلها[2].

[1] Jean DERRUPPE, Op cit, p15

[2] هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 166.

خلاصة الفصل الأول:

إذا كان تطبيق القانون الوطني على جميع العلاقات القانونية داخل الحدود الإقليمية للدولة مبني على أساس السيادة الوطنية ، فان السماح بتطبيق القانون الأجنبي يعد مساس بالسيادة القانون الوطني، وبالرغم من ذلك إلا أن التشريعات الوطنية تسمح بتطبيق القانون الأجنبي على النزاعات ذات العنصر الأجنبي إذا ما عرضت على القاضي الوطني وقد حاول فقه القانون الدولي الخاص إيجاد نظريات لتأسيس تطبيق القانون الأجنبي فكانت هناك نظريات تؤسس لتطبيق القانون الأجنبي باعتباره قانونا وأخرى أسست تطبيقه باعتباره واقعا.

كما أنن آلية تطبيق القانون الوطني تختلف بعض الشيء عن تطبيق القانون الأجنبي، فعندما تشير قاعدة الاسناد الى تطبيق القانون الوطني ففي مثل هذه الحالة لا يواجه القاضي الوطني أية صعوبات وذلك لمعرفته بالقوانين الوطنية فيقوم بتطبيقها ولا يجوز له أن يمتنع عن ذلك، أما إذا كان القانون الواجب التطبيق وفقاً لقاعدة الاسناد، قانوناً أجنبياً غير معروف أمام القاضي الوطني ففي مثل هذه الحالة تظهر مشكلة تطبيق مضمون القانون الأجنبي وذلك لعدم معرفة القاضي الوطني بالعديد من القوانيين الأجنبية.

الفصل الثاني:

موانع تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني

تمهيد:

إن القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة الخاصة الدولية بمقتضى قاعدة الإسناد لا يجد دائما مجالا للتطبيق، حيث قد يصادف حالات تؤدي إلى استبعاده، فإذا ما فرغ القاضي من إعمال قاعدة التنازع الوطنية، وأمكنه الوقوف على مضمون القانون الأجنبي المختص، فليس معنى ذلك أنه سيطبق هذا القانون بصفة آلية وعلى نحو لازم، وإنما ينبغي أن يقوم بفحصه أولا، فقد يظهر عندئذ أن هذا القانون يتعارض مفهومه مع المبادئ الأساسية والأسس الجوهرية التي يقوم عليها كيان مجتمعه، ومن ثم يتعين عليه في هذه الحالة استبعاده باسم النظام العام أو الآداب العامة في دولته، كما قد يتضح له أن الخصّوم تعمدوا التلاعب بضابط الإسناد حتى يتسنى لهم الإفلات من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة القانونية، ومن ثمّ وجب على القضاء سد الطريق أمام تحايل الخصوم على هذا النحو بإعمال نظرية الغش نحو القانون، وذلك بامتناع القاضي عن إعمال حكم القانون الذي سعى الخصوم لتطبيق أحكامه عن طريق التحايل وتطبيق القانون الذي كان مختصا أصلا بحكم النزاع[1].

مما سبق قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى الدفع بالنظام العام لتطبيق القانون الأجنبي كمبحث أول، ثم تطرقنا إلى الدفع بالغش نحو القانون كمبحث ثاني

[1] حمزة بوخروبة، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف، 2014 ، ص1.

المبحث الأول:

الدفع بالنظام العام لتطبيق القانون الاجنبي

يرمي النظام العام في إطار القانون الدولي الخاص لإدراك ذات الهدف ولكن بطريقة مختلفة، حيث يستخدم كدفع يعترض به على تطبيق الأحكام الموضوعية في القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، وذلك عندما تتعارض هذه الأحكام مع الأسس الجوهرية في دولة القاضي، ومن ثمّ فالنظام العام هنا هو رقيب على القاعدة القانونية في القانون الأجنبي الواجب التطبيق، بالرجوع إلى نص المادة 1/24 من القانون المدني الجزائري التي تنص: « **لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام و الآداب العامة في الجزائر**»[1].

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري ألزم القاضي باستبعاد القانون الأجنبي طالما تعارضت نصوصه مع مقومات النظام العام الجزائري، وقد أخذت بفكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي المختص معظم دول العالم و نصت عليها في تشريعاتها. لأنها هي التي تقف كحاجز أمام القوانين الأجنبية التي تمس المبادئ الأساسية السائدة فيها، فلا تتركها تعبر إلى مجتمعاتها، وقد شبه بعض الفقهاء الدور الذي يلعبه النظام العام بالنسبة للقوانين الأجنبية المختصة بصمام الأمن[2].

المطلب الأول: مفهوم الدفع بالنظام العام

يُعتبر النظام العام فكرة شائعة ومشهورة في علم القانون، وتطبيقاتها متنوّعة بين مختلف فروع القانون سواء العام منه أم الخاص، والمشرّع الجزائري كسائر المشرّعين المعاصرين لم يُعرِّف النظام العام ولم يحدد فكرته بل ترك ذلك للفقه والقضاء، إلا أنَّ هذين الأخيرين قد وجدا صعوبة في ذلك، محاولين فقط تعريفه عن طريق وضع مفاهيم عامة، نتيجة نسبية فكرة النظام العام، سواء من حيث الزمان أو من حيث المكان، لاختلاف أنظمة الحياة والطبيعة الثقافية والمبادئ الاجتماعية السائدة بين مختلف المجتمعات الغربية منها أم العربية، وحتى في مجتمع واحد بين أزمنة مختلفة[3].

---

[1] قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في سبتمبر سنة 1975 المتضمن تعديل القانون المدني، جريدة.رسمية.عالم 44، الصادرة في 20 يونيو2005

[2] حمزة بوخروبة، مرجع سابق، ص7.

[3] أحمد دغيش، الدَّفع بالنّظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي في الجزائر، مقال منشور عبر الموقع Siencesjuridiques.ahlamontada.net، تاريخ الاطلاع 2020/07/22، 13:15

الفرع الأول: تطور فكرة النظام العام

حيث لم يكن دور النظام العام كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد في دولة القاضي معروفا في القديم، بل كان دوره يستخدم أساسا كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي[1]

أولا: المدارس القديمة والحديثة

يذكر الباحثون في مجال القانون الدولي الخاص، أ ن النواة الأولى لظهور مصطلح النظام العام يعود إلى المدرسة الإيطالية القديمة، حيث جاءت الفكرة الأولى لفكرة لنظام العام ترجع الى مدرسة الأحوال الايطالية القديمة حيث كانت تفرق بين الأحوال البغيضة التي يقتصر تطبيقها على داخل الاقليم والأحوال المستحسنة التي يمكن أن يمتد تطبيقها إلى خارج الاقليم، وبذلك إن فكرة لم تلقى تطورها المنشود، ويعود ذلك الى إلى كون ان التنازع في ذلك الوقت لم يكن دوليا، حيث كان تنازعا بين أحوال مدن مختلفة ، هذه الأحوال قريبة من بعضها البعض لكونها مستمدة من القانون الروماني والمسيحية[2].

أما حديثا فجاء في المدرسة الايطالية الحديثة الفقيه "مانشيتي" في القرن 19 الذي بنى في فقه على مبدأ شخصية القوانين، فالشخص يجب أن يخضع لقانون الدولة التي ينتمي اليها بجنسيتها حيث كان داخل اقليمها أو خارجه فلكل دولة وضع من أجلهم قانون يحمي رعاياها لذلك يجب أن يتبعهم أين ما كانوا، إن الفقيه "مانشيتي" استعمل النظام العام في القديم كأداة لتثبيت القانون الوطني كاستثناء على نظريته ولم يبرز دور نظام العام، حيث برز في مفهوم الحديث كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي هو الفقيه الألماني "سافيتي" حيث أكد أهمية الدفع بالنظام العام[3].

كما أن الفقيه الالماني "سافيتي" في القرن 19 هو أول من استعمل فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي فبعد أن عرض نظريته في اشتراك القانوني و التي تسمح للدول الأوروبية بتطبيق قوانين بعضها البعض، و ذلك أشار إلى استثناء هام خول بموجبه لقاضي الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي إذا ما تبين له انقطاع الوحدة القانونية بين قانونه و القانون الأجنبي المختص[4].

---

[1] سلطان عبد الله محمود، الدفع بالنظام العام وأثره، مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد 12، العدد 43، العراق، 2010، ص3

[2] Yvon LOUSSOUARN, Droit international privé, 8 ème edition, Dalloz, Paris, 2004, p 333.

[3] أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 168

[4] هشام علي صادق، مرجع السابق، ص 304

ثانيا: تعريف النظام العام في إطار القانون الدولي الخاص

اختلف الفقهاء في فكرة الدفع بالنظام العام في الدولي الخاص هو إلا وسيلة يستطيع القاضي من خلالها أن يستبعد تطبيق القانون الأجنبي الذي حددته قواعد الاسناد الوطنية، في حال لو اكتشف القاضي تعارض أحكام القانون، ومن أهمية الدفع بالنظام العام بحيث هو سلاح الدولة ودرعها في حماية القيم ومبادئ المجتمع الوطني دفعا لأي قانون أجنبي غريب مخالف لتلك المبادئ وهنا الوسيلة التي يحمي بها القاضي المجتمع أنه يلجأ إلى فكرة الدفع بالنظام العام، حيث عرفه البعض "مجموع المبادئ الأساسية العليا للنظام القانوني النافذ في الدولة، و التي يقوم عليها نظام المجتمع سياسيا و اقتصاديا و دينيا و قانونيا و أخلاقيا و يكون الدستور الدور الحاسم في تكوين النظام العام"[1].

لقد استقر الفقه اليوم على أن يترك تقدير فكرة النظام العام لقضاء كل دولة يطورها طبقا لتطور المبادئ والأخلاق والتقاليد في بلده وفي عصره و يستخدمها كسلاح استثنائي ضد تطبيق القوانين الأجنبية، التي تختلف اختلاف جوهريا عن قانون دولته سواء في مفهومها أو في أهدافها الخلقية أو الاجتماعية أو الاقتصادية وفي قيام القضاء بهذه الوظيفة يعتبر كهيئة رقابة قد نمنح القانون الأجنبي أو لا نمنحه تأشيرة الدخول إلى دولته، حيث أن القاضي الوطني هو الذي يحدد ما اذا كانت المسألة مخالفة للنظام العام أو لا، وقت نظره للنزاع فهو الذي اعطاه أغلبية المشرعين السلطة التقديرية غير أن هذه السلطة التقديرية لا تعني أبدا ترك الأمر لتقديره الشخصي و لمعتقداته الخاصة، ولاكن يتعين عليه أن يستلهم المبادئ الجوهرية السائدة في دولته[2].

تعرضت محكمة استئناف باريس في حكم الصادر لها بتاريخ:1944/03/22 إلى تعريف نظام العام "إن تعريف النظام العام الوطني يرتبط بالمفهوم الواسع للرأي العام الفرنسي في عصر معين"، كما أن محكمة النقض المصرية عن النظام العام بأنه" النظام الذي يحتوي القواعد التي ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد ، سواء من ناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية، والتي تتعلق بالوضع الطبيعي المادي و المعنوي لمجتمع منظم، وتعلو فيه على مصالح الأفراد[3].

---

[1] ممدوح عبد الكريم حافظ عمروش، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1989، ص 196

[2] هشام علي الصادق، مرجع سابق، ص194.

[3] حمزة بوخروبة، مرجع سابق، ص19

الفرع الثاني: شروط إعمال الدفع بالنظام العام

باعتبار الدفع بالنظام العام وسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي المخالف، لذا وجب إبراز شروط الدفع بهذا النظام العام التي تنقسم إلى الشروط المتعلقة بالنزاع القائم ولشرو المتعلقة بمضمون النظام العام.

أولا: الشروط المتعلقة بالنزاع القائم

– اختصاص القانون الأجنبي بحكم النزاع حسب قواعد الاسناد: لكي نطبق الدفع بالنظام العام يجب أن يكون القانون الذي أشارت إليه قاعدة الاسناد في دولة القاضي أي أن تشير قاعدة الاسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي بحيث مستحيل أن نستعمل الدفع بالنظام العام لو أشارت قاعدة الاسناد إلى تطبيق قانون الوطني لقاضي لأنه لا يمكن للقانون دولة القاضي تعارض مع نظام العام في دولة القاضي فإنه إذا أشارت قاعدة الإسناد إلى اختصاص القانون الوطني في المسألة المعروضة عليه فإنه لا مجال لتطبيق الدفع بالنظام العام و يترتب على هذا عدة نتائج ما يلي[1]:

– إعمال الدفع بالنظام العام يتوقف على شرط و معلق على عمل قاعدة الاسناد، وأن يكون القانون الأجنبي واجب التطبيق طبقا لقواعد التنازع في دولة القاضي لا يثار هذا الدفع إذا كان القانون الأجنبي يمكن أن يستبعد تطبيقه لسبب آخر، طبقا للمادة 18 مدني وتبين أن ذلك القانون لا تربطه صلة بالمتعاقدين أو العقد أو أن الاختصاص رجع إليه بسبب مناورة احتيالية بالمتعاقدين أو العقد أو الاختصاص فلا داعي للدفع بالنظام العام وإنما يستبعد ذلك القانون بحيث يتولى القاضي استخلاص القانون الواجب التطبيق على العقد.

وبذلك يمكن القول أن هناك حالات بحيث يمكن للقاضي من شأنها أن يدفع بالنظام العام في مواجهة احدى القواعد القانونية الوطنية ففي هذه الحالة النظم القانونية الفيدرالية متل أمريكا وكندا بحيث يكون لكل ولاية قانونها فهنا قد يكون اختلاف في القوانين الصادرة من تلك دويلة أو الولاية قد يعتبر اختلاف اللون مانع من الزواج أو الميراث فيتم استبعاده من قبل القضاء في ولاية لعدم اعترافه بالمانع[2].

ومن هنا نستنتج أنه يجب أن تكون صلة بين النزاع المطروح وبين دولة القاضي المعروض عليه النزاع، أن قاعدة الاسناد ينتهي دورها مجرد أن تحدد للقاضي القانون الأجنبي الذي يطبق على النزاع و يتولى الدفع بالنظام العام دوره في استبعاد هذا القانون لو القاضي اكتشف أنه مخالف للنظام العام في دولته ونستنتج كذلك أنه الدفع بنظام

[1] علي علي سليمان ،مرجع سابق، ص 152

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، الاصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية القاهرة، 2008، ص 496

العام هو وسيلة لتلافي بعض عيوب قاعدة التنازع خاصة الذي تشترط بوجود صلة بين القانون واجب التطبيق وبين المسألة المعروضة و إنما الدفع بالنظام العام لا يشترط بوجود صلة بين القانون القاضي و بين المسألة المعروضة كل الذي يطلبه النظام العام هو أن يكون تعارض بين القانون واجب التطبيق مع النظام العام في دولة القاضي[1].

– توافر صلة بين النزاع و دولة القاضي: ينادي بعض الفقه الألماني والقضاء في ألمانيا وسويسرا بضرورة توافر هذا شرط آخر لكي يتسنى إعمال الدفع بالنظام العام يتلخص هذا الشرط في وجوب قيام صلة كافية بين النزاع ودولة القاضي غير أن أنصار هذا الاتجاه لم يقدروا على تقديم مقصدهم بالضبط من توافر تلك الرابطة أو الصلة بين النزاع المطروح ودولة القاضي فهل هي رابطة الجنسية أم رابطة الموطن، أم رابطة موقع المال، وعليه ليكون القانون الاجنبي واجب التطبيق طبقا لقواعد التنازع في دولة القاضي فلا يثار هذا الدفع إذا كان القانون الأجنبي يمكن أن يستبعد تطبيقه لسبب آخر، ومثلا على ذلك أو يكون قانون القاضي سياسيا أو اقليميا أو يكون قانون الموقع أو محل أو قانون الذي اختارته ارادة المتعاقدين أو القانون الذي أسند اليه الحكم بطريق إلا حالة[2].

ثانيا: الشروط المتعلقة بمضمون النظام العام

مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام: هو أن يثبت الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام بموجب قواعد الاسناد في قانون القاضي أن يكون القانون الأجنبي واجب التطبيق مختلفا في حكمه المطلوب أي مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي أن يكون متروكا لتقدير القاضي تحت اشراف محكمة العليا، وأن تكون مخالفة للنظام العام يهدف النظام العام إلى حفاظ على سياسة تشريعية معينة ومن الأفضل حينئذ ضبط حدود تدخله وبيان سلطة القاضي في تحديده، ونظرا أن المقتضيات الصعبة التحديد والحصر بحيث أن الفقه اتجه الى ترك هذا الأمر الى تحديد هذه الحالات الى تقدير القاضي مع تقييد سلطته بهذا الشأن بمعيار موضوعي مجرد بأن يلتزم به في إعمال دفع بالنظام العام لاكن مع اختلاف في تحديد هذا المعيار[3].

– أن تكون المخالفة للنظام العام حالية: استقر الرأي على أنّ القاضي يقدر توافر مقتضيات النظام العام من عدمه بلحظة الفصل في الدعوى وليس وقت نشوء الحق أو المركز القانوني محل النزاع، وبعبارة أخرى العبرة بما هو مقرر في قانون القاضي وقت صدور الحكم لا وقت نشوء العلاقة موضوع النزاع، وتجدر الإشارة إلى أن مسألة

[1] الطيب زروتي، مرجع سابق، ص298

[2] سلطان عبد الله محمود، مرجع سابق، ص8

[3] سعيد يوسف السبتاني، مرجع سابق، ص738

حالية النظام العام تعتبر في غاية الأهمية، وقد لفتت انتباه الفقه والقضاء إليه كثيرا باعتبار أنها تضع حدا فاصلا بين المفهوم السابق لفكرة النظام العام والمفهوم الجديد لها، خاصة في ظل التطور والتغير المستمر لهذه الفكرة[1].

المطلب الثاني: أثر الدفع بالنظام العام

يفرق الفقهاء بالنسبة لأثر الدفع بالنظام العام بين أثره بالنسبة لإنشاء حق في دولة القاضي، وأثره بالنسبة لحق اكتسب في الخارج وأريد التمسك بآثاره في بلد القاضي.

الفرع الأول: أثر الدفع بالنظام العام بشأن علاقة يراد إنشاؤها في دولة القاضي

ويترتب على إعمال فكرة النظام العام بشأن علاقة يراد إنشاؤها في دولة القاضي أثرين هما:

أولا: الأثر السلبي للنظام العام:

فقد اتفق الفقه على اعمال الدفع بالنظام العام والذي يتمثل الأثر السلبي للنظام العام في الاستبعاد الكلي أو الجزئي لأحكام القانون الأجنبي المختص بموجب قواعد الاسناد في قانون القاضي و بذلك إذ اقتصر دور القاضي على استبعاد القانون الأجنبي لأن قاعدة النظام العام في بلده ناهية، ومثال ذلك أن يحكم قاضي الجزائري برفض دعوى ميراث يرفعها شخص مسيحي أجنبي للميراث من قريبه الأجنبي المسلم نظرا لعدم جواز التوارث بين المسلم و غير المسلم و هي قاعدة من النظام العام عندنا و قد نصت المادة 24 من القانون المدني الجزائري على استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب في الجزائر حيث أنها لم تبين هل يستخلف القانون المستبعد بقانون آخر ام لا[2].

يرى بعض الفقهاء استبعاد القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الإسناد الوطنية لمخالفته النظام العام ينبغي أن يكون كليا، لأن استبعاد جزء منه فقط دون الأجزاء الأخرى يتنافى مع حكمة قاعدة الإسناد إذ هي تهدف إلى تطبيق القانون الأجنبي كاملا لا بعض أحكامه دون البعض الآخر. كما أن الاستبعاد الجزئي يؤدي إلى مسخ القانون الأجنبي وتطبيقه بشكل يخالف إرادة المشرع الذي وضعه، كما يرى الفقه الغالب بأن الجزء المخالف للنظام العام في القانون الأجنبي هو الذي يستبعد دون بقية الأجزاء الأخرى، فنكون بذلك قد احتفظنا للقانون الأجنبي ولقاعدة الإسناد التي قررت تطبيقه بأكبر قدر من الفعالية[3].

---

[1] حمزة بوخروبة، مرجع سابق، ص53

[2] كمال قربوع عليوش، مرجع سابق، ص180

[3] أحمد عبد الكريم السلامة، مرجع سابق، ص 253

نجد القضاء الفرنسي أخذ بهذا الحل في الحكم الصادر في قضية ـ في 11/8/ 1943 فقد استبعد طرق إثبات السن الطبيعي المقررة في القانون الألماني المختص، ولكنه لم يستبعد تطبيق هذا القانون فيما يتعلق بآثار هذا النسب لكون الآثار في نظره غير مخالفة للنظام العام الفرنسي، كما انه قد يحدث وان تكون بقية الأجزاء للقانون الأجنبي مرتبطة بالجزء المخالف للنظام العام بحيث يصبح من المتعذر على القاضي أن يكتفي فقط باستبعاد الجزء المخالف للنظام العام دون بقية الأجزاء فلا مناص من استبعاد القانون الأجنبي برمته[1].

ثانيا: الأثر الايجابي للنظام العام:

تطبيق قانون دولة القاضي عند النزاع و يترتب الدفع على النظام العام أنه يحل قانون دولة القاضي محل قانون الاجنبي الذي اشارة اليه قاعدة الاسناد حتى نسد الفراغ التشريعي فهنا القاضي يطبق نص المادة لقانون دولته، فبعض يعترض على احلال القاضي القانون الوطني محل القانون الأجنبي إذا كان متعارض مع نظام العام لأن هذا يعتبر اعتداء على قاعدة الاسناد الذي وضعتها دولة القاضي، احترام القاضي لقواعد الاسناد دولته يتطلب منه عند اكتشاف أن القانون الاجنبي الذي اشارت اليه قاعدة الاسناد دولته متعارض مع نظام العام ففي هذه الحالة لا يطبق قانون القاضي ولكن يبحث على قاعدة بديلة يستبدلها في قانون الاجنبي مثل لو قواعد اسناد الجزائر وجهت القاضي للقانون الألماني طلع نص المادة في القانون الألماني الذي هو القانون الأجنبي الواجب التطبيق متعارض مع النظام العام فهنا نستبعد النص المادة المتعارض مع نظام العام، حيث أن القضاء الفرنسي قد استقر مؤيدا من الفقه على احلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد لمخالفته للنظام العام وكذلك استقر في القضاء المصري وأيده غالبية الفقه هناك، وتطبيقا لهذا الحل إذا كان القانون الأجنبي يمنع الزواج بين مختلفي اللون فإن القاضي الجزائري يستبعده لمخالفته للنظام العام، ويطبق بدله القانون الجزائري الذي يجيز هذا الزواج[2].

إن تطبيق قانون القاضي بدلا من حكم القانون الأجنبي الذي استبعد باسم النظام العام و الاكثر الحلول الملائمة للاعتبارات العملية، بل و أنه الحل الذي يتماشى مع طبيعة فكرة النظام العام بوصفها فكرة وطنية بالدرجة الأولى، والواقع أن هذا الرأي انتقد بشدة من طرف الفقه، حيث أعتبره غير جدير بالتأييد، فبين الأثرين السلبي والايجابي ارتباط وتلازم، والمتأمل للمسألة جيدا يظهر له أن استبعاد القانون الأجنبي يحدث معه في جميع

[1] بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص176

[2] المرجع نفسه، ص178

الفروض فراغ قانوني يجب سده بالبحث عن قانون بديل يحكم النزاع، كل ما في الأمر أن الأثر الايجابي المتمثل في حلول قانون بديل قد يتم بشكل ضمني، كما قد يحدث بشكل صريح[1].

الفرع الثاني : أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة لحق اكتسب في الخارج و أريد التمسك بآثاره في دولة القاضي

قد يتعارض إنشاء مركز قانوني في دولة القاضي مع النظام العام، لكن نفس هذا المركز قد لا تتعارض آثاره مع النظام العام في دولة القاضي لو أن نشوؤه تم في الخارج، فالنظام العام لا يتم إعماله بنفس الدرجة، ففي الحالتين رغم أن إعماله يتعلق بنفس المركز القانوني المراد إنشاؤه، وقد عبر الفقه عن أثر النظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة في الخارج بالأثر المخفف للنظام العام Effet atténué de l'ordre public لأن النظام العام لا يسمح بنشوئها في دولة القاضي ولكن يمكن قبول الاحتجاج بها لو أن نشؤها تم في الخارج، ويرجع سبب اختلاف أثر النظام العام في الحالتين إلى كون الشعور العام في دولة القاضي لا يتأثر إزاء مركز قانوني تم نشوؤه في الخارج بنفس القدر الذي يتأثر إذا ما أريد إنشاء نفس المركز داخل دولة القاضي[2].

و هذا ما أخذ به القضاء الفرنسي في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 أفريل 1953، وبذلك فهذا الموقف سمح بترتيب بعض الآثار في فرنسا نابجة عن الزواج المتعدد في الخارج بالرغم من أن تعدد الزوجات يعتبر في فرنسا مخالفا للنظام العام[3].

وغني عن البيان أن الاعتراف بالحقوق المكتسبة في الخارج لا يعني استبعاد فكرة النظام العام كلية في هذا المجال، إذ من الحقوق المكتسبة في الخارج التي تكون آثارها مخالفة للنظام العام فيمنع القاضي الاحتجاج بها في دولته، من ذلك مثلا ما قضت به المحاكم الفرنسية من عدم جواز الاحتجاج في فرنسا بآثار نزع الملكية في الخارج بدون تعويض، غير أن هناك حالات أخرى لا يعترف فيها القضاء الفرنسي بتعدد الزوجات متى كان للنزاع علاقة بالقانون أو الإقليم الفرنسي من ذلك ما جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1973/03/01 الذي اعتبرت فيه: « أن الزوجة الثانية لزوج جزائري لا يمكنها المطالبة بمنحة الضمان الاجتماعي مادام أن الزوجة الأولى قد استفادت منه لتعارض ذلك مع النظام العام في فرنسا »[4].

[1] محمد عبد العال عكاشة مرجع سابق، ص607

[2] بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص103

[3] Yvon LOUSSOUARN, Op cit, p335

[4] Ibid, p336

المبحث الثاني:

الدفع بالغش نحو القانون

تناول المشرع الجزائري فكرة الدفع بالغش نحو القانون في المادة 24من القانون المدني إثر تعديلاته الأخيرة[1]، فحاول المشرع مسايرة الاتجاه الفقهي الحديث، وما استقر عليه القضاء في هذا الشأن، والغش هنا يتمثل في لجوء أطراف العلاقة القانونية إلى إحداث تغيير في ضابط الإسناد باعتباره أحد العناصر الأساسية لقاعدة التنازع الوطنية، مع اقترانه بسوء النية لأجل تحقيق نتيجة يترتب عنها إنشاء مركز قانوني متفق مع حرفية النص ومناقض للغرض الحقيقي له لتلبية مصالح شخصية في اطار القانون الذي يريد أن يطبق عليه وهناك امثلة على ذلك وهي الافلات من أحكام القانون الوطني الذي لا يتماشى ومصالحهم الشخصية اصطناع عنصر أجنبي في العلاقة الوطنية أصلا لتتحول إلى عقد له طابع دولي من أجل إخضاعه لقانون دولة أجنبية[2].

إن المشرع يحرص في كل الدول وهو يضع قواعد الاسناد لحل مشكلة التنازع بين مختلف النظم القانونية على مراعاة اعتبارين، يتمثل الأول في حماية المصلحة العامة الوطنية وأما الثاني فيتمثل في حاجة المعاملات الدولية واعتبارات العدالة، ومن المؤكد أن فكرة الغش نحو القانون في إطار القانون الدولي الخاص أصلها وجذورها التاريخية وليست وليدة الساعة بيد أن هذه الفكرة منظمة إلا في منتصف القرن التاسع عشر، بحث أن قضية شهيرة تعرف بقضية الأميرة بوفرمون " Princesse de Bauffremont"[3]

المطلب الأول: مفهوم نظرية الغش نحو القانون

إن المشرع الجزائري لم يتعرض لتعريف الغش، ولا حتى في القضاء وبالتالي سوف نلجأ إلى اجتهادات الفقه في تعريف الغش نحو القانون.

---

[1] المادة 24 من القانون المدني الجزائري على أنه " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون"

[2] أحمد دغيش، مرجع سابق، ص5

[3] أن أميرة فرنسية تسمى بوفرمون أرادت التطليق من زوجها للزواج بالأمير الروماني ببسكو (Bibesco)، وباعتبار أن التطليق متعلق بالأحوال الشخصية والتي يطبق عليها القانون الوطني للشخص وهو القانون الفرنسي والذي كان يمنع آنذاك الطلاق، تجنست هذه الأميرة بجنسية إحدى الدويلات الألمانية التي يسمح قانونها بالتطليق، فتحصلت عليه فيها طبقا لقانون جنسيتها الجديدة وتزوجت الأمير ببسكو، ثم رجعت إلى فرنسا حيث أقامت معه فيها، فرفع الزوج الفرنسي دعوى أمام القضاء الفرنسي طالبا إبطال الطلاق الواقع بينهما، وبالتالي بطلان الزواج المترتب عليه، فقضت محكمة النقض الفرنسية لصالحه فأبطلت طلاقهما الأول وما ترتب عنه من زواج واستندت في قضائها على فكرة الغش نحو القانون، أنظر، بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص186

الفرع الأول: تعريف الغش نحو القانون

هنا في قاعدة الاسناد هي قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني وهدفها ارشاد القاضي الى القانون الواجب التطبيق على مسألة قانونية المشتملة على عنصر أجنبي وهنا يوجد عنصرين هما الفئة المسندة وضابط الاسناد وهو عبارة عن أداة ربط بها المشرع بين الفئة المسندة والقانون المسند إليه وقد يعتمد أطراف العلاقة إلى تغيير هذا الضابط وبتغييره يتغير القانون الواجب التطبيق وهنا نلاحظ بأن تغيير ضابط الاسناد لم يتم تغييره بشكل برئ، وانما بنية الافلات من أحكام القانون الواجب التطبيق وهنا نلاحظ أن هناك تحايل على القانون على القانون وقد سميا هذا من طرف الفقه "**بالغش نحو القانون**"[1].

بحيث أن إذا قام أحد الأطراف بتغيير ضابط الاسناد بشكل متعمد بقصد الهروب من القانون الأجنبي الواجب التطبيق للوصول الى تطبيق قانون آخر تتفق أحكامه مع رغبات ذلك الشخص و أهدافه ، وبذلك يمكننا تعريف الغش نحو القانون بأنه اصطناع أحد الأطراف لضابط الإسناد الشرعي، كما يعرف البعض الغش نحو القانون في القانون الدولي الخاص بأنه عبارة عن تدبير إرادي لوسائل تؤدي إلى الخلاص القانون دولة، لتصبح العلاقة من اختصاص قانون دولة أخرى أكثر تحقيقا للنتائج المتوخاة، ويعتمد ذو المصلحة في ذلك على تغيير عناصر العلاقة القانونية لإنشاء ظروف تصبح معها العلاقة خاضعة لقانون آخر[2].

جاء المشرع الجزائري بفكرة الدفع بالغش نحو القانون في المادة 24 من القانون المدني إثر تعديلاته الأخيرة، فحاول المشرع مسايرة الاتجاه الفقهي الحديث، وما استقر عليه، حيث عرف بعض الفقهاء الغش نحو القانون على أنه " اتخاذ تدابير إرادية حقيقية ولو عن غير عمد لإيجاد مركز يتفق وحرفية القانون ولكن يهدر الغرض منه" بحيث الدفع بالغش نحو القانون لا يتأسس على مخالفة القانون الأجنبي للقانون الوطني، وإنما على مخالفة أو تحايل أحد الأطراف لحكم قاعدة الإسناد ذاتها، وإن أحكام هذا القانون لا تتعارض مع أحكام القانون الوطني، ولكنها تلقي قبولا لدى أحد الأطراف فيلجأ متعمدا إلى تغيير ضابط الاسناد ليشير إلى تطبيق قانون آخر يتفق مع رغباته[3].

---

[1] أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص186

[2] حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الطبعة السادسة، دار الثقافة، عمان الأردن ،2011، ص 196.

[3] نسرين شرقي و سعيد بوعلي، مرجع سابق، ص 110

الفرع الثاني: نشأة الدفع بالغش نحو القانون

إن نشأة نظرية الغش، في فقه القانون الدولي الخاص على أثر قضية شهيرة طرحت على القضاء الفرنسي في أواخر القرن 19 عرفت بقضية "دي بورمون " وتتلخص وقائع هذه القضية أن الكونتيسة "كارمن شيماي" البلجيكية الأصل اكتسبت جنسية الفرنسية على إثر زواجها من ضابط فرنسي يدعى الأمير "دي بوفرمون"، حيث في 1874 انفصلت عنه بدنيا وترغب في الحصول على التطليق، ولم يكن القانون الفرنسي آنذاك، وهو القانون الواجب التطبيق على النزاع بوصفة قانون الجنسية ،يجيز التطليق فالوقائع المكونة للدعوى تقوم إذن على ثلاثة محاور وهي: زوجة تريد التطليق، قاعدة إسناد تشير إلى تطبيق قانون جنسية الزوج، وقانون جنسية الزوج يحظر التطليق و تلك النتيجة لا ترتضيها الزوجة.، فلجأت الى السفر إلى احدى المقاطعات الألمانية وتجنست بجنسيتها مما أتاح لها الحصول على التطليق وفقا لقانونها الشخصي الجديد الذي يبيح ذلك ،بعد ذلك سافرت الى "برلين" و تزوجت بأمير من جنسية رومانية ورحلا معا للإقامة بباريس، رفع زوجها الأول دعوى قضائية أمام محكمة ألسين في فرنسا مطالبا اياها اعتبار التطليق كأن لم يكن ومن ثم إبطال الزواج الثاني، فأجابته المحكمة إلى طلبه و أيدتها في ذلك محكمة الاستئناف باريس، ورفضت محكمة النقض الطعن المقدم إليها بحيث قالت في حكمها أن تجنس هذه السيدة بالجنسية الألمانية قد تم غشا نحو القانون الفرنسي ولذا لا يحتج به ولا بما ترتب عليه من آثار في فرنسا[1].

وهذا وقد استقر القضاء الفرنسي منذ دالك الوقت على الأخذ بالغش نحو القانون كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي بحيث تعاقبت عدة أحكام قضائية تستند في مجملها إلى فكرة الغش نحو القانون ، و ذلك من أجل التصدي أو لمحاربة تحايل الأفراد على قواعد الاسناد الفرنسية للهروب من أحكام القانون المختص أصلا بحكم النزاع[2].

الفرع الثاني: شروط الدفع بالغش نحو القانون

لقيام فكرة الغش نحو القانون اتفق الفقه على ضرورة توافر شروط معينة من أجل الدفع بالغش نحو القانون أمام المحكمة إتنان منها متفق عليهما فقها وقضاء واختلفا بشأن شروط أخرى.

[1] علي علي سليمان، مرجع سابق، ص160.

[2] بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص786

أولا: الشروط المتفق عليها للدفع بالغش نحو القانون

إن المشرع الجزائري لم يتعرض لهذه الشروط ضمن نص المادة 24 من القانون المدني رغم أن بعض الشروط، قد تفهم من خلال مضمون والبعض من خلال ألفاظ النص، حيث أن الفقه والقضاء اتفقا على بعض الشروط واختلفا على شروط أخرى، بما يلي:

1- إجراء تغيير إراديا في ضابط الإسناد (الركن المادي): هو أن يلجأ الشخص الذي يريد التهرب من القانون ولجوء الى قانون آخر أن يقوم بتغيير ارادي في ضابط الاسناد الذي يحول دون تطبيق القانون الاصلي عليه أي أن يكون التغيير إراديا، وليتحقق الشرط السابق لابد أن يكو التغيير في نقاط الارتكاز أو ضوابط الاسناد نابع من ارادة الأطراف، فإذا ما كان هذا التغيير مفروضا على الشخص بحكم القانون، فإن تغيير القانون الواجب التطبيق كأثر لا يسوغ استبعاد هذا الاخير استنادا للدفع بالغش نحو القانون، وذلك لكون أن التغيير في العنصر الواقعي الذي يستخدم في ايجاد ضابط الاسناد حدثا عرضا دون أن يكون مقصودا لذاته[1].

2- توافر نية الغش على القانون لدى القائم به: هناك بعض الفقهاء القانون رأوا بعدم وجوب التقيد بشرط وجود النية واعتبار الغش قد وقع ويحظى العنصر المعنوي في الغش، وهو قصد التهرب من قانون المختص، بجانب من الأهمية، إذ بدونه يكون الإجراء المادي الذي قام به الأفراد ويقصد به نية التحايل والتهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية إذ لو انتفت هذه النية لكان الاجراء الذي قام به مرتكب الغش سليما، لا سبيل لإبطاله إلا أن المتفق عليه بين أغلبية الفقهاء، وما استقر عليه القضاء الحديث، وهو الأخذ بهذا الشرط، بحيث يستخلص الباعث أو الدافع إلى الغش، من طرف قضاة الموضوع باعتباره من مسائل الواقع إن المشرع الجزائري من الشرطين السابقين، فيمكن أن تستشفي مدلولها من خلال مقتضى نص المادة 24 من قانون المدني، رغم عدم الاشارة إليهما صراحة[2].

يمكن استخلاص وجود قصد التحايل دون ما حاجة أحيانا، للبحث في النوايا بالنظر إلى أن المظهر الخارجي للتصرف يحمل في طياته معنى الغش و الهروب من القانون المختص بحكم العلاقة أصلا. حيث أن هناك من القرائن ما يمكن أن يفيد في توافر نية الغش لدى الشخص[3].

---

[1] صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008، ص363.

[2] أحمد دغيش، مرجع سابق، ص7

[3] المرجع نفسه، ص9

ثانيا: الشروط المختلف فيها للدفع بالغش نحو القانون

من خلال الشرطين السابقين والذين هم محل اتفاق فقها وقضاء، فإن بعض من الفقه من أضاف شروطا أخرى، على غرار ذلك فان هذه الشروط لم تلقى الاجماع بحيث ما زالت محل الخلاف وجدل بين الفقهاء، ومن بين هذه الشروط: أن يكون الغش نحو القانون موجها للقواعد الآمرة في قانون القاضي، اعتبار الدفع بالغش نحو القانون وسيلة احتياطية، وذلك كما يلي:

1- أن يكون الغش نحو القانون موجها نحو قاعدة آمرة في قانون القاضي: في القانون المعاصر يقر بالاعتداد بالغش نحو القانون الأجنبي أيضا، وحجتهم في ذلك أن التحايل على القانون الأجنبي إنما هو تحايل على قاعدة الاسناد الوطنية، ثم أن الدفع بالتحايل على القانون يستند إلى اعتبارات خلفية ولمبدأ حسن النية يستوي في شأنها ما إذا كان القانون المتهرب من أحكامه قانون وطني أو أجنبي، كما يتجه جانب من الفقه الحديث إلى أن نظرية الغش نحو القانون تجد تطبيقها لها سواء كانت القواعد القانونية المتهرب منها آمرة أو مكملة، وحجتهم في ذلك أن العبرة هي بالغرض الذي يهدف إليه الأفراد من وراء تصرفهم، إذ من الممكن تصور خروج الأفراد عن الهدف الذي توخاه المشرع من وراء القاعدة القانونية دون تفرقة في ذلك بين ما إذا كانت هذه القاعدة آمرة أو اختيارية[1]. أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فيبدو أنه لا يعترف بهذا الشرط، ويجيز استعمال قاعدة الدفع بالغش نحو القانون مطلقا، سواء تعلق الأمر بالتهرب من أحكام القواعد الآمرة، أم القواعد المكملة كما جاء دليلها أوردته المادة 18 من قانون المدني الجزائري في نصها الجديد بموجب المادة 11 المعدلة لها الصادرة بقانون رقم 05-10السابق الذكر، حيث بالأولوية تطبيق القانون المختار من المتعاقدين، على الالتزامات التعاقدية، بشرط أن تكون له صله حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، ومن المستقر عليه فقها وقضاء، أن هذه الحالة إحدى صور الغش نحو القانون[2].

2- اعتبار الدفع بالغش نحو القانون وسيلة احتياطية: يشترط بعض الفقهاء أنه لكي يتسنى إعمال الدفع بالغش نحو القانوني يجب أن لا يكون هناك دفع آخر يمكن اعماله غيره، بحيث يقال أن الدفع بالغش نحو القانون إنما هو دفع احتياطي كما وضح الفقيه "نبوابيه" بقوله أن المخالفة التي تترتب على الغش نحو القانون هي مخالفة غير مباشرة، فإذا كانت المخالفة مباشرة فلسنا بحاجة الى اللجوء الى هذا الدفع لأن المخالفة المباشرة يترتب عليها الجزاء الذي تطبقه القواعد العامة و يشترط أيضا الفقيه "نبوابيه" أنه يترتب على الغش نحو القانون ضرر، أي

[1] نادية فضيل، مرجع سابق، ص134

[2] أحمد دغيش، مرجع سابق، ص8

ينتهي الغش إلى حصول على نتيجة غير مشروعة، حيث أن الفقيه "نبواييه" يرى أنه لمعرفة إذا كانت مخالفة القانون مباشرة أو غير مباشرة يجب النظر للوسيلة التي استخدمت للوصول الى نتيجة ،فإذا كانت الوسيلة مشروعة فان المخالفة غير مباشرة وبالتالي فلا مناص من اعمال الدفع بالغش نحو القانون، وأما إذا كانت الوسيلة مستخدمة غير مشروعة فالمخالفة للقانون هي مخالفة مباشرة، فهنا لا حاجة للدفع بالغش نحو القانون لأن الجزاء الذي يترتب على عدم المشروعية هو البطلان طبقا للقواعد العامة[1].

المطلب الثاني : الأثار المترتبة على الغش نحو القانون

يثور التساؤل في هذا المجال حول الأثر المترتب على الدفع بالغش نحو القانون وحدود الجزاء الذي يتقرر بمقتضاه، وبذلك فإن للدفع أثران أحدهما إجابي يتمثل في وجوب تطبيق القانون الذي كان مختصا بمقتضى قاعدة الاسناد الوطنية، والآخر سلبي يتمثل في استبعاد القانون الذي تبث له الاختصاص بواسطة الغش، مع اختلاف بين الفقهاء حول حدود هذا الاستبعاد.

الفرع الأول: الأثر السلبي

يترتب على حصول الغش نحو القانون استبعاد القانون الأجنبي الذي تم الغش بقصد تطبيقه وإحلال قانون القاضي المعروض عليه النازع محله، حيث أن الفقهاء اختلفوا في هذه المسألة اختلافا بينا، واختلفا في هذا إلى قسمين القسم الأول يضيق من نطاق هذا الاستبعاد ليقتصر على عدم نفاذ النتيجة فقط والقسم الثاني موسع لنطاق هذا الأثر السلبي الاستبعاد ليشمل عدم نفاذ الوسيلة والنتيجة معا وذلك كما يلي:

أولا: عدم نفاذ النتيجة فقط

إن أثر الغش لا يمكن أن يكون البطلان، لأنه لا يمكن لأي دولة أن تقرر ما اذا كان تصرفا ما صحيحا أو غير صحيح في دولة التي تم اجراؤه فيها، وغاية ما تملك هذه الدولة أن تعتبره غير نافذ في إقليمها، وعليه فإننا هنا نستعمل أثر الغش عدم النفاذ لا البطلان، غير أن فكرة عدم النفاذ يمكن أن توقع في اللبس والخلط على اعتبار أن هذه الفكرة تعد وفقا لمعناها التقليدي في القانون الخاص، حيث أنها مجرد وسيلة فنية يقصد من ورائها حماية مصلحة خاصة مشروعة للغير، أما الدفع بالغش نحو القانون فإنه يرمي لحماية سلطان القانون مجردا من المصالح الخاصة، ولذا كان من الواجب استخدام الدفع بالتحايل على القانون في كل حالة يتم التلاعب فيها بقواعد الاسناد للتهرب من أحكام القانون المختص أصلا، ومن ثم يجوز الدفع بالغش نحو القانون حتى ولو كان

[1] علي علي سليمان، مرجع سابق، ص163

المتمسك بهذا الدفع طرفا في الغش، فلو توطأ زوجان على التجنس بجنسية دولة أجنبية بغية الحصول على الطلاق بينهما، وحصلا عليه فعلا، ثم بعد ذلك تزوج أحدهما مرة ثانية فإنه يجوز للطرف الآخر أن يتمسك مع ذلك بالدفع بالغش حتى لا ينفذ الطلاق ومن ثم الزواج الثاني في مواجهته، ولا شك أن هذه النتيجة تخالف القواعد العامة في القانون الداخلي الذي يقضى بأنه لا يجوز للشخص أن يستند إلى ما يصدر عنه من غش[1].

فمثلا في قضية "بوفرمون" السالف دراستها الغاية التي تريد الأميرة تحقيقها هي الحصول على التطليق الذي يمنعه قانون جنسيتها وهو القانون الفرنسي وهنا الوسيلة المستعملة للوصول إلى هذه الغاية هي تغيير جنسيتها الفرنسية واكتسابها لجنسية إحدى الدويلات الألمانية، فإنه يقتصر أثر إعمال الدفع بالتحايل على القانون في هذه الحالة على عدم نفاذ الطلاق وبالتالي فإن الزواج الثاني، وهي الغاية التي كانت تريدها الأميرة حينما قامت بتغيير جنسيتها لتنمص من أحكام القانون الفرنسي الواجب التطبيق، وعلى ذلك يبقى تجنس الأميرة صحيحا منتجا لأثاره القانونية في خارج حدود القضية المطروحة، فهنا النتيجة غير مشروعة التي أراد الأفراد تحقيقها من جراء تغيير ضابط الإسناد، دون الوسيلة المستعملة للوصول إلى تلك النتيجة، وذلك أن النتيجة وحدها من تعتبر غير مشروعة، في حين أن الوسيلة تمت بطريقة صحيحة وسليمة تماما ولا تنطوي على أي مخالفة للقانون، وعلى غرار ذلك فإن أثر اعمال نظرية الغش في نظر هذا الجانب من الفقه ينصب على استبعاد تطبيق القانون الذي ثبت له الاختصاص وفقا لضابط الاسناد المفتعل فيما يخص النتيجة فقط و اعادة الاختصاص إلى القانون الذي أراد الأفراد التهرب من أحكامه[2].

ثانيا: عدم نفاذ كل من الوسيلة و النتيجة

أما البعض الآخر من الفقهاء فيرى أن استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي تم التوصل اليه بالتحايل على الضابط الاسناد يشمل النتيجة والوسيلة معا وهذا هو الاتجاه الغالب في الفقه الفرنسي حيث يرى الفقه الغالب في فرنسا أن جزاء الغش يشمل الغاية والوسيلة فمثلا إدا تم التحايل على ضابط الاسناد من خلال تغيير الجنسية وحتى ولو كان هذا التغيير مشروعا من حيث الأصل إلا أنه يحكم ببطلانه لأن القصد من وراءه غير مشروع وهو الحايل على القانون فلا يعترف القانون وفقا لهذا الرأي بالجنسية الجديدة، وتبعا لذلك فان جانب آخر من الفقه يرى أن أثر الغش لا يقتصر على عدم نفاذ النتيجة فمثلا في القضية "الأميرة بوفرمون" يجب أن لا يقتصر أثر

[1] محمد كمال الفهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب مادة التنازع، الطبعة الأولى، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2006، ص ص 528-529.

[2] محمد عبد العال عكاشة، مرجع سابق، ص436

الغش على عدم نفاذ الطلاق والزواج الثاني الذي أبرمته وفقا لقانون جنسيتها الجديدة، وإنما يجب أن يطال أيضا الوسيلة التي استعملتها وهي تجنسها بجنسية احدى المقاطعات الألمانية، فتبقى بذلك فرنسية ليس فقط بالنسبة لتنازع القوانين، وإنما أيضا بالنسبة لجميع الحلات الأخرى[1].

الفرع الثاني: الأثر الإيجابي

يتمثل الأثر الايجابي على أنه يشكل جزاء على التحايل على القانون، بحيث يستبعد تطبيق القانون الذي أراد الشخص الاستفادة من أحكامه وتطبيق القانون الأصلي الذي تم التحايل ضده، وهنا يجمع الفقه على تأييد هذا الموقف بحيث يعتبر التحايل على القانون هو في حد ذاته يعتبر تعطيلا لتطبيق القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع التي تم التلاعب بضابط الاسناد فيها، وبعد ذلك وجب إعادة الاختصاص إلى القانون الذي أراد المتحايل التقمص من أحكامه، فإن طبيعة هذا القانون ما إذا كان قانونا وطنيا أم أجنبيا[2].

فإن هذا الجانب هو الذي تبناه المشرع الجزائري، في المادة 24 من القانون المدني على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفا للنظام العام، أو تبث له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون، ثم بعد ذلك نص في فقرته الثانية على أن القانون الجزائري هو الذي يطبق محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام، وبمقابل سكت على طبيعة القانون الذي يحل محل القانون المستبعد في حالة ثبوت التحايل، وهذا يعني قد يكون القانون هو القانون الجزائري إذا كان هو القانون المختص بموجب قاعدة الاسناد المتحايل عليها، كما قد يكون قانونا أجنبيا إذا كانت قاعدة الاسناد تشير باختصاصه[3].

[1] محمد عبد العال عكاشة ، المرجع نفسه، ص 462.

[2] محمد التغدويني، الوسيط في قانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، مطبعة آنفوبرانت، فاس، المغرب،2009، ص414

[3] أحمد دغيش، مرجع سابق، ص8

خلاصة الفصل الثاني:

لقد أجاز المشرع الجزائري للقاضي الوطني تطبيق قواعد القانون الأجنبي إذا أشارت قواعد الإسناد لذلك وهي المواد المبينة في القانون المدني من 09 الى 24 ، إذا كانت العلاقة تتضمن عنصر أجنبي، غير أن القاضي الوطني قد يمتنع عن تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد الإسناد في حالتين هما:

– التعارض مع قواد النظام العام والآداب العامة وهي الأسس والقيم الجوهرية التي يقوم عليها كيان المجتمع الجزائري.

– حالة الغش في القانون من قبل احد الأطراف من أجل التغير في قواعد الإسناد وتفادي القانون الأجنبي الواجب التطبيق.

خاتمة

إن النزاعات الخاصة الدولية تطرح إشكالية اختيار القانون المختص ليحكمها، فقد يكون قانون القاضي أو القانون الأجنبي، وتحديد هذا القانون يكون من خلال إعمال قاعدة الإسناد الوطنية، فإذا أشارت باختصاص قانون القاضي الوطني طبقه القاضي على النزاع، أما إذا أشارت باختصاص قانون أجنبي التزم القاضي الوطني بتطبيقه نظرا للصفة القانونية لهذا القانون، فالمشرع حين عقد الاختصاص بموجب قاعدة الاسناد لم يقم بذلك الا بعد ان فاضل بين قانونه وقوانين أخرى وأن تلك القوانين هي الأنسب والأمثل للتطبيق على مسائل معينة فالمفاضلة هنا جرت بين قانون وقانون وليس بين قانون وواقع لذا يجمع الفقه المعاصر على اعتبار القانون الأجنبي قانونا مع احتفاظه بصفته الأجنبية ويعامل معاملة اجرائية خاصة مؤكدين بضرورة ترك الجدل الصاخب حول طبيعة القانون الاجنبي وصفته أمام القضاء الوطني وأن تنصرف العناية الى البحث عن أفضل الوسائل والأكثر ايجابية للتعرف على مضمون القانون الاجنبي وتمكين القاضي العلم به والتيسير للمحكمة العليا مهمة فرض رقابتها على تفسيره.

كما يتبين لنا الدور المهم والفعال الذي تلعبه موانع تطبيق القانون الأجنبي، سواء الدفع بالنظام العام أو نظرية الغش نحو القانون في حماية الأسس الجوهرية والمبادئ الأساسية والمثل العليا لدولة القاضي، فالنظام العام يعتبر صمّام الأمان الذي يحمي تلك الأسس و يمنع تسرب وانفلات القوانين الأجنبية التي تتعارض جذريا مع ذلك، كما يلعب الغش نحو القانون دورا فعالا أيضا من خلال وقوفه بالمرصاد ضد المتحايلين ومنعهم من التلاعب بقواعد التنازع الوطنية بتغيير ضوابط الإسناد بغية التهرّب من أحكام القانون المختص أصلا لحكم النزاع.
وفي ختام هذا البحث فقد توصلت الى بعض النتائج و الاقتراحات وسنعرضها كالتالي:

1- النتائج:

- تعتبر مهمة إثبات القانون الأجنبي من أدق مسائل القانون الدولي الخاص حيث أنها تتمحور حول تطبيق قانون أجنبي صادر من مشرع دولة أجنبية أمام القاضي الوطني.

- يعتبر القانون الاجنبي قانوناً ولا يفقد لدى القاضي الوطني هذه الطبيعة ولا يتحول الى مجرد واقعة لأن المشرع الوطني وهو يضع قواعد الاسناد يجري المفاضلة ما بين مختلف القوانين الاجنبية فهو ينظر الى القانون الاجنبي بوصفه قانونا.

– استعانة القاضي الوطني بالخصوم في اثبات مضمون القانون الاجنبي لا يغير من طبيعته وكونه قانونا فهو في ذلك يشبه بالمعاملة التي يلقاها العرف ومن غير أن ينفي عنه أحد وصف القاعدة القانونية.

– لم ينص المشرع الجزائري على من يقع عليه عبء إثبات القانون الأجنبي ولا على وسائل إثباته، ولا يوجد اجتهاد قضائي بهذا الخصوص لذلك يجب الأخذ بما هو مستقر عليه في القوانين المقارنة استنادا إلى نص المادة 23مكر2 من القانون المدني.

– إن تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني ليس على إطلاقه وإنما هناك حالات توجب استبعاد تطبيقه، وهي حالة تعارضه مع النظام العام أو إذا ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون وهو مانصت عليه المادة 24من القانون المدني.

– أن حالة الدفع بالنظام العام وحالة الدفع بالغش نحو القانون هما أهم حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع المشتمل على عنصر أجنبي، إضافة إلى اعتبارهما محل اتفاق بين غالبية فقهاء القانون الدولي الخاص، أما باقي الحالات الأخرى فقد تباينت بشأنها آراء الفقهاء بين مؤيِد ومعارض.

2– المقترحات:

– تأكيد الصفة القانونية للقانون الأجنبي بنص صريح، وذلك لان كل الدلائل تصب في كونه قانونا وإن اختلفت معاملته عن معاملة القانون الوطني.

– ضرورة تدخل تشريعي لتوضيح كيفية إثبات القانون الأجنبي وذلك بتحميل القاضي عبء هذا الإثبات مع النص على الوسائل الملائمة لهذا الإثبات.

– النص صراحة على وجوب تفسير القانون الأجنبي وفقا لنظام القانوني المنتمي إليه.

– ضرورة إنشاء مركز خاص بالقوانين الأجنبية، معزز بجهاز ترجمة تشرف عليه وزارة العدل وتكون وظيفته جمع كافة الوثائق المتعلقة بالتشريعات الأجنبية لا سيما القوانين الشائعة التطبيق.

– عقد العديد من الاتفاقيات الدولية التي يكون من شأنها تسهيل تبادل قوانين كل الدول بعضها مع بعض.

.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

1- القوانين

- قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر.ع 44، الصادرة في 20 يونيو2005.

- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ع 21، الصادرة في 23 أبريل2008.

2- الأوامر:

- الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو 1966 يتضمن قانون الاجراءات المدنية، ج.ر.ع 47، الصادرة بتاريخ 9يونيو 1966.

ثانيا: المراجع

1- باللغة العربية

- الكتب

- **أحمد عبد الكريم سلامة**، الاصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية القاهرة، 2008

- **إسعاد محند**، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، ترجمة فائز انجق ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر1989.

- **أعراب بلقاسم**، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2001.

- **حسن الهداوي**، القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون، الطبعة السادسة، دار الثقافة، عمان الأردن ،2011.

- **جميلة أوحيدة**، آليات تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص المغربي، الطبعة الأولى 2007.

- **دريال عبد الرزاق**، الوافي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم ، عنابة، 2010.

- **زروتي الطيب**، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، دار هومة، الجزائر، 2014.

- **سامي بديع منصور**، الوسيط في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1994.

- **سامي بديع المنصور و نصري انطوان دياب و عبده جميل غضوب**، القانون الدولي الخاص تنازع الاختصاص التشريعي، الجزء الاول، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت 2009.

- **سعيد يوسف البستاني**، القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.

- **صلاح الدين جمال الدين**، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008.

- **عبد الرحمن جابر جاد**، القانون الدولي الخاص العربي، الجزء الثالث في تنازع القوانين، معهد الدراسات العربية، بيروت، 1961.

- **علي علي سليمان**، مذكرات في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر، 2005.

- **غالب علي الداودي**، القانون الدولي، الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2005 .

- **كمال عليوش قربوع**، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومة، دار هومة الجزائر،2006.

- **ممدوح عبد الكريم حافظ عمروش**، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1989.

- **محمد التغدويني**، الوسيط في قانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، مطبعة آنفوبرانت، فاس، المغرب،2009.

- **محمد سعادي**، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية، 2009.

- **محمد عبد العال عكاشة**، تنازع القوانين دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.

- **محمد كمال الفهمي**، أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب مادة التنازع، الطبعة الأولى، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2006.

- **نادية فضيل**، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة ، الجزائر، 2001.

- **نسرين شرقي و سعيد بوعلي**، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين الجنسية، دار بلقيس، الجزائر، 2013.

- **هشام علي صادق**، الموجز في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2003.

ج- الرسائل العلمية:

- **أمل صوراني**، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، بحث اعد لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي، كلية الحقوق، قسم القانون الدولي، جامعة حلب، سوريا، 2013.

- **بختة زيدون**، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الدولية الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011.

- **حمزة بوخروبة**، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف، 2014.

- **سهام عكوش**، القانون الأجنبي إثباتا وتفسير دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بجامعة امحمد بوقرة بومرداس، الجزائر، 2010.

د- الدوريات العلمية والمحاضرات:

- **ابراهيم صالح الصريرة و علاء محمد الفواعير**، مهمة إثبات القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني وفقاً للتشريع الأردني، مجلة دراسات للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد43، الملحق3، الأردن، 2016.

- **سلطان عبد الله محمود**، الدفع بالنظام العام وأثره، مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد 12، العدد 43، العراق، 2010.

- **علال قاشي**، أساس تطبيق القانون الأجنبي ومركزه أمام القاضي الوطني، الملتقى الأول حول تطبيق القانون الأجنبي، جامعة الأغواط، الجزائر، أفريل 2006.

- **فتيحة بشور**، محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص القانون الخاص، جامعة البويرة ، 2017.

هـ- المواقع الالكترونية

- **أحمد دغيش**، الدَّفع بالنّظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي في الجزائر، مقال منشور عبر الموقع Siencesjuridiques.ahlamontada.net، تاريخ الاطلاع 2020/07/22، 13:15

– اللغة الأجنبية

- **Alexander Daniel**, Conflits de loi, la loi étrangère devant les tribunaux français, établissement du contenu de la loi étrangère, JURISS – CLASSEUR , PARIS, 1999
- **Ancel Bertrand**, cour de cassation, Revue critique de droit international privé, N1, trimestrielle, DALLOZ, PARIS, Janvier-mars 2004
- **Henri BATIFFOL**, Aspects philosophiques du droit international privé, Dalloz Paris 2002
- **Jean DERRUPPE**, Droit international privé, Dalloz,14éme edit, Paris,2001
- **Yvon LOUSSOUARN**, Droit international privé, 8 ème édition, Dalloz, Paris, 2004

الفهرس

الفهرس

مقدمة.....أ

الفصل الأول: أساس تطبيق لقانون الاجنبي أمام القاضي الوطني 7

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لإثبات القانون الأجنبي 8

المطلب الأول: اعتبار القانون الأجنبي واقعة 8

الفرع الأول: موقف الفقه والقضاء.....9

أولا: الموقف الفقهي.....9

ثانيا: موقف القضاء..... 11

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على اعتبار القانون الأجنبي واقعة..... 11

أولا: أثر اعتبار القانون الاجنبي مسألة واقع على إثباته 13

ثانيا: أثر اعتبار القانون الاجنبي مسألة واقع على تفسيره 13

المطلب الثاني: اعتبار القانون الأجنبي قانونا 14

الفرع الأول: موقف الفقه والقضاء..... 14

أولا: الموقف الفقهي..... 14

ثانيا: موقف القضاء.....14.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على اعتبار القانون الأجنبي قانونا..... 19

أولا: أثر اعتبار القانون الأجنبي مسالة قانون على إثباته 19

ثانيا: أثر اعتبار القانون الأجنبي مسالة قانون على تفسيره 20

المبحث الثاني: إثبات و تفسير مضمون القانون الأجنبي وصعوبات تطبيقه 21

المطلب الأول: تطبيق مضمون القانون الأجنبي من حيث الإثبات والتفسير 21

الفرع الأول: إثبات مضمون القانون الأجنبي..... 21
أولا: عبء اثبات القانون الأجنبي 21
ثانيا: وسائل اثبات القانون الأجنبي 23
الفرع الثاني: تفسير مضمون القانون الأجنبي 26
أولا: تفسير القاضي الوطني للقانون الاجنبي..... 27
ثانيا: رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الاجنبي..... 28
المطلب الثاني: الصعوبات التي تعترض القاضي الوطني عند تطبيق مضمون للقانون الأجنبي 29
الفرع الأول: الصعوبات من حيث الجانب الشكلي للقانون الأجنبي 30
أولا: حالة كون القانون الأجنبي مكتوباً 30
ثانيا: مشكلة تفسير القانون الأجنبي 30
الفرع الثاني: الصعوبات من حيث مصدر القانون الأجنبي 31
أولا: حالة كون القانون الأجنبي مصدره العرف 31
ثانيا: حالة كون القانون الأجنبي مصدره الفقه أو القضاء 31
خلاصة الفصل الأول: 33
الفصل الثاني موانع تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني..... 36
المبحث الأول: الدفع بالنظام العام لتطبيق القانون الاجنبي..... 37
المطلب الأول: مفهوم الدفع بالنظام العام 37
الفرع الأول: تطور فكرة النظام العام 38
أولا: المدارس القديمة والحديثة..... 38
ثانيا: تعريف النظام العام في إطار القانون الدولي الخاص..... 39
الفرع الثاني: شروط إعمال الدفع بالنظام العام 40

أولا: الشروط المتعلقة بالنزاع القائم 40
ثانيا: الشروط المتعلقة بمضمون النظام العام..... 41
المطلب الثاني: أثر الدفع بالنظام العام..... 42
الفرع الأول: أثر الدفع بالنظام العام بشأن علاقة يراد إنشاؤها في دولة القاضي..... 42
أولا: الأثر السلبي للنظام العام:..... 42
ثانيا: الأثر الايجابي للنظام العام:..... 43
الفرع الثاني : أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة لحق اكتسب في الخارج و أريد التمسك بآثاره في دولة القاضي 44
المبحث الثاني: الدفع بالغش نحو القانون..... 44
الدفع بالغش نحو القانون..... 47
المطلب الأول: مفهوم نظرية الغش نحو القانون..... 48
الفرع الأول: تعريف الغش نحو القانون 48
الفرع الثاني: نشأة الدفع بالغش نحو القانون..... 49
الفرع الثاني: شروط الدفع بالغش نحو القانون 50
أولا: الشروط المتفق عليها للدفع بالغش نحو القانون 50
ثانيا: الشروط المختلف فيها للدفع بالغش نحو القانون..... 51
المطلب الثاني : الأثار المترتبة على الغش نحو القانون..... 52
الفرع الأول: الأثر السلبي..... 53
أولا: عدم نفاذ النتيجة فقط..... 53
ثانيا: عدم نفاذ كل من الوسيلة و النتيجة..... 54
الفرع الثاني: الأثر الإيجابي 54

خلاصة الفصل الثاني:..... 55

خاتمة: 56

قائمة المصادر والمراجع.....58