جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: القانون الخاص

من إعداد الطالبتين:

زقان تمعزوزت

زقان ليدية

تحت إشراف:

أ.د. آيت منصور كمال

تاريخ المناقشة :06/19/ 2019

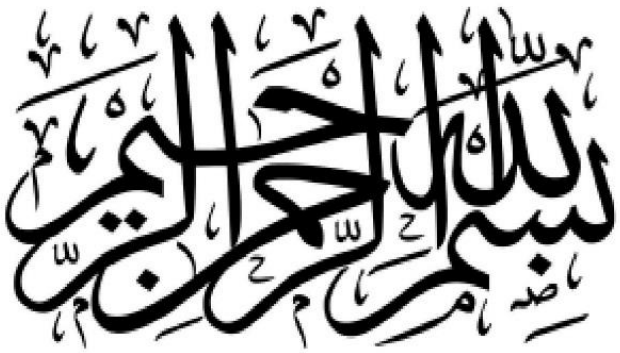
أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذة: شيخ أعمر يسمينة ---------- رئيسا

الأستاذ: آيت منصور كمال---------- مشرفا و مقررا

الأستاذة : بلاش ليندة ---------- ممتحنا

السنة الجامعية: 2019/2018



إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع

إلى امي و ابي حفظهما الله وأطال في عمرهما

إلى إخوتي محمد و لامية ونسيمة ولمين

إلى ازواج و زوجات اخوتي وأولادهم

إلى جدتي و جدي وأخوالي وخالاتي وأولادهم

إلى صديقاتي سيهام و ليندة و ليدية وكهينة وثيزيري وغيرهن

إلى كل زملائي و زميلاتي في الدراسة

إلى كل أساتذتي من الابتدائي إلى الجامعة

إلى كل من كانوا سببًا في نجاحي

إلى كل من ساعدني في إنجاز هذا العمل من قريب أو من بعيد

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة جهدي

زقان تمعزوزت

الاهداء

اهدي هذا العمل

الي ابي و امي اللذان ضحوا الكثير في سبيل تعليمي، اطال الله عمرهما

وامدهما بالصحة والعافية.

الي اخوتي حجيلة ،نديرة ،صفيان ،يوغرطة ،كوسيلة،الله يحفظهم.

الي صديقاتي ليندة ، تمعزوزت ،عيني ،طاطا ،سميرة ،ثيزيري.

الي اساتذتي من الدراسة الابتدائية الى اساتذة الجامعة ..

الي كل من قدم لي يد العون بانجاز هذا البحث المتوضع.

زقان ليدية

شكر و تقدير

نشكر الله ونحمده على اعانته لنا وتوفيقه لنا في السير على دروب العلم و الهمنا القوة و العزيمة للقيام بهذا العمل المتواضع،

نتوجه بجزيل الشكر والامتنان إلى الأستاذ المشرف الدكتور آيت منصور كمال الذي لم يبخل علينا و لو للحظة واحدة في توجيهنا وفتح اعيننا على الأخطاء و النقائص التي اغفلنا عنها ، فمنا لك أستاذنا الكريم أزكى عبارات الشكر و التقدير وجزاك الله الف خير.

كما يشرفنا ان نتقدم بعبارات الشكر والعرفان لأعضاء لجنة المناقشة الموقرين على قبولهم مناقشة هذه المذكرة تقبلوا منا كامل الاحترام والتقدير.

كما نتقدم بالشكر لكل من ساعدنا في إنجاز هذا العمل من قريب أو بعيد

مقدمة

فرضت علينا العلاقات الدولية الخاصة نفسها ،وأصبحت واقعا دوليا لا يمكن لنا تجاهله ، ذلك نظرا لاحتواء كل الدول إلى جانب مواطنيها عددا كبيرا من الأجانب ، وكلهم يسعون الى اشباع حاجات ،فعندما يبرمون العلاقات القانونية كثيرا ما تختلف مصالحهم وتتضارب فيما بينها ، مما يؤدي الى نزاعات بينهم ،ومن اجل هذا يجب اخضاع هذا النوع من العلاقات إلى قانون معين يرجع إليه القاضي ،وهذا ما دفع بالنظم القانونية الى افساح المجال لتطبيق القانون الاجنبي داخل النطاق الداخلي .

يطبق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني في حالة وجود نزاع مشتمل على عنصر أجنبي ، بحث يجد القاضي نفسه امام مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق باعتبار إن لكل دولة قانونها الخاص ،ومنه ظهرت فكرة تنازع القوانين الذي يعرف بأنه تزاحم قانونين أو أكثر حول واقعة قانونية مشتملة على عنصر أجنبي و العنصر الأجنبي يمكن أن يرتبط مع أطراف العلاقة أو موضوعها أو سببها .

لقد تدخل المشرع من اجل تنظيم العلاقات الدولية الخاصة ،ووضع حد لمشكلة تنازع القوانين وذلك عن طريق صياغة قواعد الإسناد الوطنية المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري[1] و هي ذات خاصية مزدوجة بحيث ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق ويكون اما القانون الداخلي او الاجنبي .

فإذا ما أشارت هذه القواعد إلى أن القانون الملائم لحكم العلاقة هو القانون الوطني فهنا لا يوجد اشكال فيطبق القانون الوطني تلقائيا ، فيفصل في النزاع تبعا لقواعده ، اي ان دور القاضي الأساسي هنا هو تطبيق القانون الوطني تبعا للأحوال العادية .

أما اذا اشارت بان القانون الأجنبي هو القانون الواجب التطبيق ، فهنا يجب علينا تحديد الدور الذي يلعبه القاضي الوطني في تطبيقه ، بحيث يبحث في قواعده حينها قد

1 –امر رقم 75– 58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 ، يتضمن القانون المدني ،ج.ر.ج.ج،عدد 78 ،مؤرخ في 30 سبتمبر 1975 ،معدل ومتمم ،انظر الموقع الالكتروني : www.joradp.dz

تواجهه بعض الصعوبات وهو في سبيل تطبيق القانون الأجنبي ، تتمثل في إعمال وتفسير القانون الأجنبي، دون نسيان ان كل هذا يكون تحت رقابة المحكمة العليا اثناء تطبيقه.

ترتبط اهمية الموضوع في انطوائه على الكثير من المسائل الشائكة والمهمة في أن واحد ، من حيث تحديد دور القاضي اثناء تطبيقه لقواعد القانون الأجنبي المختص،ويسمح لنا ايضا بمعرفة قواعد الإسناد التي تشير الى تطبيق القانون الاجنبي في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة ، **من هذا المنطق يتمحور موضوعنا حول البحث عن كيفية النظر الى هذا القانون الاجنبي الذي اشارت اليه قواعد الاسناد الوطنية؟**

نحاول الاجابة على هذه الاشكالية بالاعتماد على المنهج الاستقرائي وذلك بالتطرق الى اكثر الجوانب التي ارتكز عليها هذا الموضوع و بتحليل المواد القانونية المتعلقة بمسالة تنازع القوانين وفهمها ،وكذا مقارنة بعض القوانين والاجتهادات القضائية المقارنة في تطبيق القانون الاجنبي امام القاضي الوطني .

من خلال العرض السابق لمضمون البحث وأهميته ومن أجل دراسة الاشكالية يتعين علينا معالجة ذلك وفق فكرتين أساسيتين فالفكرة الاولى تتمثل في تكييف القانون الأجنبي امام القاضي الوطني وذلك عن طريق اعطاء نظرة على مختلف الاراء الفقهية التي تطرقت الى طبيعة القانون الاجنبي وكذا موقف القضاء وبعض التشريعات المقارنة من بينها التشريع الفرنسي و المصري وكذا المشرع التونسي ، دون نسيان ذكر موقف المشرع و القضاء الجزائري رغم غياب نصوص قانونية صريحة تنص في مسالة طبيعة القانون الأجنبي **(الفصل الاول)** ، أما في النقطة الثانية نتطرق إلى كيفية تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني عن طريق البحث في مضمونه وذكر دور القاضي الوطني في ذلك ومدى إلزاميته ،وكذا اثبات مضمون احكام القانون الاجنبي ،و تحديد من يقع عليه عبء اثباته و تحديد وسائل الاثبات المتاحة لهم باستخدامها ، مع ذكر البديل القانوني في حالة تعذر اثبات القانون الاجنبي المختص ،ثم نتطرق الى تفسير القاضي الوطني لذلك القانون الواجب

التطبيق، دون نسيان ذكر ممارسة المحكمة العليا رقابة على اعمال القاضي الوطني بمناسبة فصله في النزاع المشتمل على العنصر الاجنبي **(الفصل الثاني)** .

الفصل الأول

تكييف القانون الاجنبي أمام القاضي الوطني

أثار القانون الاجنبي اختلافات تشريعية ،فقهية وقضائية حول طبيعته القانونية و لا تزال المسألة مستمرة الى يومنا هذا دون تقديم اجابات شافية و نهائية ،حيث تعددت المحاولات الفقهية والقضائية و القانونية قديما و حديثا حول أساس تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي ، خاصة أن هذا القانون صادر عن سلطة لا تملك إصدار الأوامر للقاضي ذلك لأنه لا يتلقى الأوامر إلا من مشرع دولته ، فكيف يمكن الاعتراف بسيادة قانون أجنبي على التراب الوطني؟

لقد جاء الفقه و القضاء بعدة نظريات لتبرير الاعتراف بسيادة القانون الأجنبي على التراب الوطني، فهناك من اعتبر تطبيق هذا الأخير على أساس أنه قانون فعلاً ، بينما هناك من اعتبره مجرد واقعة من وقائع النزاع المطروح أمام القاضي الوطني(**المبحث الاول**).

امتد الاختلاف حول طبيعة القانون الاجنبي حتى للمنظومات التشريعية بحيث اختلفت كما اختلفا الفقهاء حيث ان لكل مشرع نظرته الخاصة حول طبيعة القانون الاجنبي وتختلف هذه النظرة من دولة لأخرى ومن بينهم نجد التشريع الجزائري الذي اعتبر القانون الاجنبي قانونا و المشرع الفرنسي الذي اعتبره مجرد واقعة (**المبحث الثاني**) .

المبحث الأول

الاختلاف الفقهي و القضائي حول طبيعة القانون الاجنبي

لقد تعددت واختلفت اراء الفقهاء و رجال القضاء حول طبيعة القانون الاجنبي حيث أن اتجاه من الفقه والقضاء اعتبروا القانون الاجنبي مجرد واقعة ، أي اعتبروا القانون الاجنبي واقعة كمجمل وقائع الدعوى ،ويعامل على هذا الاساس و لا يمتلك نفس قوة القانون الوطني لان هذا الاخير يستمد قوته القانونية من الدولة المشرعة له .

أما الاتجاه الاخر وهو الاتجاه الغالب في الفقه و القضاء يؤكدون الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي ، مع احتفاظه بصفته الأجنبية في نفس الوقت ، فهو يؤكد أولا أن القانون الأجنبي يطبقه القاضي بوصفه " قانونا " و هو لا يفقد هذه الصفة و لا ينقلب إلى واقعة إذا خرج من نطاق الإقليم الذي يباشر فيه المشرع الذي أصدره سيادته. و ثانيا أن هذا القانون لا يفقد صفته الأجنبية بل يحتفظ بها ، و القاضي يطبقه استجابة لأمر المشرع الوطني الوارد في قاعدة الإسناد دون أن يدمج في النظام القانوني الوطني[2].

ولقد قمنا بالجمع بين الاختلاف الفقهي و القضائي حول طبيعة القانون الاجنبي لان رجال القضاء ايدوه النظريات الفقهية التي اقرها فقهاء دولتهم .

في هذا الإطار سنتطرق الى الاختلاف الفقهي حول طبيعة القانون الاجنبي عن طريق ذكر بعض الفقهاء والنظريات التي تأثروا بها **(المطلب الاول)** و الاختلاف القضائي حول طبيعة القانون الاجنبي عن طريق ذكر موقف القضاء في مختلف دول العالم دون نسيان موقف القضاء الجزائري **(المطلب الثاني)** .

2 –عز الدين عبد الله، القانون الدولى الخاص ،الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين الطبعة التاسعة ،الهيئة العامة للكتاب ،القاهرة ،1986 ،ص 578.

المطلب الاول

الاختلاف الفقهي حول طبيعة القانون الاجنبي

لقد اهتم الفقهاء بدراسة طبيعة القانون الاجنبي و صفته امام القضاء بحثا عن اساس قانوني لكيفية تطبيقه امام القاضي الوطني ، لذلك انقسموا الى حيث ان الاتجاه الاول يقر بان القانون الاجنبي يعتبر مجرد واقعه

اما الجانب الثاني يقر ان القانون قانونا الأجنبي ،و يترتب على احتفاظ القانون الاجنبي بطبيعته القانونية

من اجل التوضيح اكثر تطرقنا الى اظهار كل جانب على حدى وتقديم حججهم وأسانيدهم وكذا دون نسيان الانتقادات الموجهة لكل جانب حيث سنتعرض مسالة اعتبار القانون الاجنبي مجرد واقعة ، وسنحدد انصار هذا الاتجاه الفقهي**(الفرع الاول)** وسنتناول ايضا مسالة القانون الاجنبي قانونا ونذكر النظريات الفقهية ومن بينها نجد نظرية المجاملة الدولية **(الفرع الثاني)**.

الفرع الاول

القانون الاجنبي واقعة

ذهب جانب من الفقه الى اعتبار القانون الاجنبي عنصر من عناصر الواقع،ومن بينهم الفقه الفرنسي والفقه الإنجلوسكسوني حيث ينكرون الصفة القانونية للقانون الاجنبي .

عند تطبيق القانون الاجنبي على اقليم دولة قاضي النزاع يعامل معاملة الواقع ،اي ان ذلك القانون يفقد عند عبوره الحدود الى دولة قاضي النزاع الصفة القانونية والإلزامية له ، و يترتب على ذلك ان المحكمة لا تطبق القانون الاجنبي من تلقاء نفسها ،وكما ان البحث عن

مضمون القانون الاجنبي لا يقع في عاتق المحكمة[3] .

يمكن حصر مسالة القانون الاجنبي واقعة في نظريتين و هما نظرية العنصر الواقعي وتنادي بها المدرسة الفرنسية على رأسها الفتيه باتيفول**(اولا)**، نظرية الحقوق المكتسبة ويتزعمها الفقه الإنجلوسكسوني**(ثانيا)** .

اولا –نظرية العنصر الواقعي كأساس لاعتبار القانون الاجنبي واقعة

لقد جاءت المدرسة الفرنسية[4] بنظرية العنصر الواقعي، حيث حاولت البحث عن طبيعة القانون الاجنبي مقارنة بالقانون الوطني الفرنسي ، وتزعم هذا الاتجاه الاستاذ **باتيفول** .Batiffol

1- مضمون نظرية العنصر الواقعي

المبدأ الذي تقوم عليه نظرية العنصر الواقعي ، هو ان القانون الاجنبي ليس له قوة القانون الوطني وان كان القاضي الوطني يطبقه فليس لوصفه قانونا يلزمه به المشرع الاجنبي فهو لا يخضع إلا لأوامر المشرع الوطني ولكنه يطبقه بصفته واقعة فقط دون ان يكون له أي صفة للإلزام خارج حدود دولته [5] ،حيث تبنى القاضي الوطني القاعدة الاجنبية لحاجات دولية ،فعندما يطبق القانون الاجنبي فهو يمارس عملا غريبا عن نظامه القانوني.

يرى الفقيه باتيفول ان القاعدة القانونية تتكون من عنصرين[6]

3 –عبد الرسول عبد الرضا الاسدي،احكام التنازع الدولي للقوانين ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،2012 ،ص ص 160و161.

4 –BATIFFOL Henri, Aspects philosophiques du droit international privé, Dalloz, Paris ,2002, p 100

5– BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, Traité de droit international, 8ème édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence , Paris, 1993, p528.

6– Ibid , p531.

العنصر الاول و هو عبارة عن مضمون أو محتوى القاعدة القانونية ، وهذا يعني بأنها قاعدة عامة ومجردة .

العنصر الثاني و هو عنصر الأمر او الإلزام الذي تحتاجه القاعدة القانونية لكي تستمد منه القوة الالزامية .

في المقابل اذا كانت القاعدة الاجنبية تمتلك هذين العنصرين في بلد المشرع الذي اصدرها ،فإنها تفقد العنصر الالزامي في حالة تطبيقها امام القاضي الوطني ،لان عنصر الالزام يقترن بالإقليم الوطني الذي يمارس فيه المشرع سيادته ، ولا يبقى للقاعدة سوى العنصر المعنوي ، ومن هنا تفقد صفتها كقاعدة قانونية .[7]

شبه الاستاذ باتيفول تطبيق القواعد الاجنبية بلوائح الشركات[8] ، حيث كلاهما يعتبران قواعد عامة ولكن تطبق في حالات خاصة لأنها غير صادرة من المشرع الوطني ولا يمكن لنا اعتبارها قواعد امرة ومنه تفقد القاعدة الاجنبية عنصر الأمر بالتالي لا تمتلك صفة القانون .

لقد ترتبت على نظرية العنصر الواقعي مجموعة من الاثار بحيث لا يجوز للقاضي تطبيق القانون الاجنبي أو البحث في مضمونه من تلقاء نفسه مادام أنه واقعة فمن الطبيعي عدم الالتزام به ،لأنه يجب على الخصوم التمسك بتطبيق القانون الاجنبي و كذا من واجبهم اثبات احكام القانون الاجنبي ، وبالتالي لا يحق لمحكمة التميز ان تتصدى للرقابة على تطبيقه او تفسيره.

7 –فضيل نادية ،تطبيق القانون الاجنبي امام القضاء الوطني ،دار هومة ،الجزائر ،2001،ص 27.

8–BATIFFOL Henri, op cit ,p111

2-الانتقادات الموجه لنظرية العنصر الواقعي

إن الانتقادات الموجه لهذه النظرية أنها تنزع عن القانون الاجنبي طبيعته الاجنبي فتفقده الصفة القانونية وتحوله الى مجرد واقعة،حيث من غير المعقول ان تفقد القاعدة الاجنبية صفتها القانونية بمجرد عبورها للإقليم الوطني[9] ،فالقاعدة القانونية تبقى كما هي و تحتفظ بعناصرها الجوهرية سواء طبقت داخل الاقليم الوطني او خارجه ،اذن نستنتج انه حتى ولو كان القاضي الوطني غير مخاطب في مضمون القاعدة الاجنبية فلا يجب له ان يغير من طبيعة القانون الاجنبي .

الانتقاد الثاني تقليلها من شان القانون الاجنبي حيث ان القاضي الوطني لا يطبقه من تلقاء نفسه ومنه نتوصل الى عدم التطبيق السليم للقواعد الاجنبية وكذا عدم إخضاع الخطأ في تفسير القانون الاجنبي لرقابة المحكمة،فكل هذا يودي الى اهدار العلاقات الدولية والتقليل من قيمة قواعد الاسناد .

اما بالنسبة لتشبه باتيفول القانون الاجنبي بلوائح الشركات فهذا تشبيه خاطئ لان القاعدة القانونية الاجنبية تستمد قوتها من قواعد التنازع ولا تتغير طبيعتها[10] ،اما لوائح الشركات تستمد قوتها القانونية من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين[11] وفقا للمادة 1193[12] من القانون المدني الفرنسي .

---

9 –ضويفي عادل، القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني ،مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ،المدرسة العليا للقضاء ،2006 ،ص 41 .

10 – صوارني أمل ، تطبيق القانون الاجنبي امام القضاء الوطني ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي،قسم القانون الدولي ،كلية الحقوق ،جامعة حلب ،2013 ،ص 16

11– المادة 106 من القانون المدني الجزائري : "العقد شريعة المتعاقدين ،فلا يجوز نقضه ، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ،او للأسباب التي يقررها القانون" ، المرجع السابق .

12 –L'article1193 de code civil français: "Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise", voir le site web http:// www.legifrance.gouv.fr

ثانيا – نظرية الحقوق المكتسبة كأساس لاعتبار القانون الاجنبي واقعة

لقد جاء الفقه الإنجلوسكسوني بنظرية الحقوق المكتسبة ، و هي ايضا تنفي عن القانون الاجنبي صفته كقانون ليقترب بذلك الى عناصر الواقع[13]،فمثلا اذا تزوج اسباني باسبانية في اسبانيا فترتبت له وفقا للقانون الاسباني حقوق الزوج ، و القاضي يتعرف بهذه الحقوق ،ولكن ذلك لا يعني انه يطبق في فرنسا على هذا الزوج القانون الاسباني .

1 – مضمون نظرية الحقوق المكتسبة

يقر اصحاب نظرية الحقوق المكتسبة ان القاضي الوطني عند تطبقه للقانون الاجنبي على اقليمه الوطني فيكون اعترافا منه بالحق المكتسب لصاحبه خارج دولة القاضي [14]، فمثلا اذا طرح نزاع امام القاضي الوطني يتعلق بعقد الزواج بين فرنسيين ،فهنا القاضي الجزائري يطبق المادة 11 من القانون المدني وهنا نطبق القانون الفرنسي باعتباره قانون جنسية الزوجين[15] و لا يمكن للقاضي النظر في ذلك الحق المكتسب إلا بالرجوع الى القانون الاجنبي الذي نشأ به ذلك الحق ويكون بموجب قاعدة الاسناد الوطنية[16].

إذا نشأ الحق صحيحا يجب ان يحترم في كل الدول المتمدينة ، وهذا من اجل ان لا تسود الفوضى في العلاقات الدولية ،خاصة اذا كانت قواعد الاسناد في قانون الدولة التى يراد الاحتجاج بآثار هذا الحق فيها لأنها هي التي اشارت الى تطبيق هذا القانون الاجنبي و

13– دربال عبد الرزاق ،الوافي في القانون الدولي الخاص ،الكتاب الاول ،النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري و المقارن ،دار العلوم ،عنابة 2010 ، ص 120 .

14– سعيد يوسف البستاني،القانون الدولي الخاص ، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية ،(تنازع القوانين المعاهدات،التحكيم التجاري الدولي) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2004 ، ص 197 .

15– نص المادة 11 من القانون المدني الجزائري : "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين" ، المرجع السابق .

16– شرقي نسرين ، بوعلي سعيد ،القانون الدولي الجزائري ،تنازع القوانين ،الجنسية دار بلقيس ،الجزائر ،2013 ،ص 98 .

عقدت له الاختصاص بعدما اعترفت به [17] ، و لم تعتبره مخالفا لنظام العام الوطني او فيه غش نحو القانون .

ووفقا لهذه النظرية لا بد لنفاذ الحق من الوجهة القانونية في ظل قانون أجنبي أن تتوافر عدة شروط[18] وهي :

أ_ أن يكون الحق قد تم اكتسابه فعلا.

ب_أن يكون هذا الحق تم اكتسابه وفقا للأصول المبينة في قانون البلد الأصلي للحق.

ج_ أن يكون القانون الذي اكتسب الحق بمقتضاه مختصا دوليا.

2 -الانتقادات الموجه لنظريه الحقوق المكتسبة

لقد عيب على نظرية الحقوق المكتسبة ، أنه لمعرفة ما إذا كان الحق مكتسبا أم لا، يجب الرجوع إلى القانون الذي أكسبه هذه الصفة، ويبحث القاضي في ووجوده وهو بالتالي يقترب من معاملته كقانون وليس واقعة.

و انتقد الفقه الأوربي [19] ايضا هذه النظرية ، على ان القاضي الوطني عند اعترافه بالحقوق المكتسبة وتطبيقه للقانون الاجنبي ،فهنا يكتسب ذلك الاخير صفة القانون و يخرج بذلك من نطاق الواقعة القانونية ويعتبر قانونا .

من ناحية اخرى فمن غير المعقول ان يتحقق القاضي الوطني من صحة كل الحقوق المكتسبة في الخارج ،لأنه لا يمكن له ان يعرف مضمون كل القوانين الاجنبية التي اكتسبت في ظله تلك الحقوق[20] .

17- غالب علي الداودي ،القانون الدولي الخاص ،الكتاب الأول ، تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدولي ، تنفيذ الأحكام الأجنبية ، دراسة مقارنة ، ،دار الثقافة ،عمان ،2013 ،ص 115.

18 - BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul , op. Cit, p536.

19- Ibid, p538 .

20- أحمد عبد الكريم سلامة ،الاصول في التنازع الدولي للقوانين ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،2008 ، ص 493.

انتقدت ايضا على اساس انها غير شاملة اذ انها لا تعطي لنا تفسيرا لتطبيق القانون الاجنبي إلا في مجال واحد وهو مجال الحقوق المكتسبة ،في حين ان تطبيق القانون الاجنبي قد يكون ايضا في مرحلة نشوء الحق هو الغرض الغالب[21] ، وكذا ليست كل القضايا المطروحة على القاضي متعلقة بالحقوق المكتسبة ،حيث ان هناك مثلا نزاعات تتعلق بإنشاء حقوق مثل النزاع المتعلق بالطلاق .

انتقدت النظرية ايضا لمحدوديتها ، فهي لا تفسر تطبيق القانون الأجنبي إلا في الحالة التي ينشأ فيها الحق في الخارج ، مع أن الغالب هو أن ينشأ الحق في دولة القاضي طبقا للقانون الأجنبي [22] .

انتقدت كذلك على اعتبار ان الاعتراف بالحقوق المكتسبة بالخارج وفقا للقانون الاجنبي أي بالشروط الذي يفرضها في الواقع يعتبر اعترافا بالقانون الاجنبي ذاته .

الفرع الثاني

القانون الأجنبي قانونا

إن القانون الاجنبي وفقا لهذه النظرية يحتفظ بطبيعته الاصلية عند تطبيقه أمام القضاء الوطني ،فهو ليس مجرد عنصر من عناصر الواقع .

ذهب بعض انصار هذه النظرية للقول، ان قواعد القانون الاجنبي الذي اشارت اليه قاعدة الاسناد الوطنية أنه القانون المختص ، تتداخل احكامه في النظام القانوني الوطني و منه يعتبر القانون الاجنبي جزء من القانون الوطني.

21 –أعراب بلقاسم ،القانون الدولي الخاص ، الجزء الاول ،تنازع القوانين ،دار هومة ،الجزائر ،2001 ،ص 141.

22 – ISSAD Mohand, Droit international privé , Les régles de conflits, 2ème édition, Office des Publications Universitaires Alger, 1983.p 173 .

أما البعض الاخر من انصار هذه النظرية اقروا انه عند الاعتراف بطبيعة القانون الأجنبي لا يجب لنا ان ننكر صفته الاجنبية ،حيث ان القانون الاجنبي يحتفظ بطبيعته القانونية امام القضاء الوطني و ابقاء صفته الاجنبية في نفس الوقت .

يترتب على الاعتراف بالقانون الأجنبي بصفته القانونية مع بقاءه قانونا أجنبيا في نفس الوقت ،اختلاف في المعاملة الإجرائية التي يلقاها هذا القانون مقارنة بالقانون الوطني ، ويفسر هذا الاختلاف بأن القانون الأجنبي ليس موجها في الأصل ليطبق من طرف القاضي الوطني ،كما أنه لا ينشر في دولته و لا يفترض علم القاضي به ، لأنه نشأ بعيدا عن الاجهزة التشريعية لدولة القاضي [23] .

وللتفصيل اكثر سنتطرق الى دراسة نظريه المجاملة الدولية(**اولا**) و نظرية الاستقبال والاستيعاب(**ثانيا**) ونظرية التفويض(**ثالثا**) ،عن طريق ذكر مضمون كل نظرية والانتقادات الموجهة لهم .

اولا –نظرية المجاملة الدولية كأساس لاعتبار القانون الاجنبي قانونا

كانت المدرسة الهولندية من أوائل الذين حاولوا تبرير تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي ولقد جاءت بنظرية المجاملة الدولية ،و على رأسهم الفقيه **أورليس هيبر Huber-Ulrice**" ، حيث تقر ان لا يوجد التزام دولي بتطبيق القانون الاجنبي [24] .

إن القاضي الوطني ليس ملزما بتطبيق القانون الاجنبي ،والمشرع عندما يامر بتطبيق قانون دولة اجنبية في العلاقات القانونية المشتملة على العنصر الاجنبي ،انما يفعل ذلك للمجاملة الدولية القائمة على اساس المنفعة المتبادلة بين أعضاء الاسرة الدولية.

23–ضويفي عادل ،المرجع السابق ،ص 43 .

24 –أعراب بلقاسم، المرجع السابق ، ص 140 .

1 –مضمون نظرية المجاملة الدولية

إن نظرية المجاملة الدولية أساسها القانوني يقترب من الاخلاق أكثر منه الى القانون الملزم ، وما دام أنه لا يوجد التزام في القانون الدولي الخاص يملي على الدول ان تسمح للقانون الاجنبي بالامتداد داخل اقليمها ،غير أن المصالح المشتركة والمنافع المتبادلة تبقى وراء تطبيق القانون الاجنبي ، ولقد اكتنفت فكرة المجاملة الدولية التي جاء بها فقهاء هذه المدرسة بغموض كبير ،حيث رأى بعض الشُراح ،أن تطبيق القانون الاجنبي مقترن بتقدير القاضي ومن هنا أسيء فهم هذه النظرية .

لقد اختلف الفقهاء في تفسير فكرة المجاملة الدولية ، ولذلك ذهب فقهاء القارة الأوروبية إلى القول ان فكرة المجاملة ترجع إلى تقدير القاضي حسب ما تقتضيه المصلحة.

فسر الاستاذ زروتي الطيب ذلك الغموض وقال : إن المجاملة المقصودة هي مجاملة المشرع عند وضعه لقواعد الإسناد والسماح له بتطبيق القانون الاجنبي ،ومن عدم السماح بذلك ،والمشرع عند سماحه بتطبيق القانون الاجنبي هذا لا يعني تنفيذه لالتزام دولي و ليس مجاملة القاضي الوطني للقانون الاجنبي ،لان ذلك يؤدي الى تطبيق القضاة للقانون الاجنبي وفقا لمزاجهم[25].

25 – زروتي الطيب ،القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية ،الجزء الاول ،تنازع القوانين ،مطبعة الكاهنة ،الجزائر ،2000،ص 229.

2 -الانتقادات الموجه لنظرية المجاملة الدولية

يعاب على هذه النظرية أن القانون الأجنبي يطبق بناءً على رغبة القاضي نفسه، وهذا خطأ لأن القاضي يقوم بتطبيق القانون الأجنبي امتثالا لقواعد التنازع الوطنية ، التي تأمره بذلك ، انتقدت ايضا فكرة المجاملة الدولية بأنها تؤدي إلى فتح الطريق على القضاة لأعمال أهوائهم و ميولاتهم ، وفي ذلك ضرر بمصالح الافراد [26] .

انتقدت نظرية المجاملة الدولية في اعتبار أساسها القانوني يقترب من الأخلاق و والاحترام ، و هذا أدى الى سوء فهم النظرية وبالتالي هجرها من بعض الفقهاء ،و اخذوا يبحثون عن أساس أخر لتطبيق القانون الأجنبي[27] .

ثانيا -نظرية الادماج كأساس لاعتبار القانون الاجنبي قانونا

لقد جاء الفقهاء الايطاليون بنظرية الادماج، حيث نادوا الى ادماج القانون الاجنبي بالقانون الوطني، فمتى أشارت قاعدة التنازع في قانون القاضي بتطبيق قانون أجنبي ،فإن هذه القاعدة تستوعب القانون الأجنبي ، فلما يطبق القاضي القاعدة القانونية الأجنبية فكأنما يطبق قانونه الداخلي.

1-مضمون نظرية الادماج

إن نظرية الادماج [28]تشير الى أن القانون الاجنبي لا قيمه له ، إلا باندماجه مع النظام القانوني الوطني واستغراقه فيه، ومن ثم فإن القاضي لا يطبق القاعدة التي يتضمنها القانون

26- بشور فتيحة ،محاضرات في القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،تخصص القانون الخاص ،جامعة البويرة ،2017 ص 76.

27 -على علي سليمان ،مذكرات في القانون الدولي الخاص ،الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،2005،ص 134.

28- BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, Op.cit, P539.

الاجنبي،وإنما يقوم بتطبيق تلك القاعدة الوطنية التي يتطابق مضمونها مع قواعد القانون الاجنبي[29].

لقد انقسم فقهاء هذه نظرية الاستقبال والاستيعاب إلى رأيين حول تحديد نوع الاندماج فالرأي الاول يعتبره اندماج مادي و الرأي الثاني يعتبره اندماج شكلي .

أ – الاندماج المادي

قال بفكرة الاندماج المادي الفقيه "**أنزِلوتي**" Anzilotti ، فوفقا لهذه النظرية فان مضمون قاعدة القانون الاجنبي يدمج في النظام القانوني الايطالي و يصبح بالتالي مؤمما ، وهذا الأمر يؤدي إلى القول بأن النظام القانوني الايطالي يفرز قاعدة قانونية مماثلة للقاعدة القانونية الأجنبية ،التي عينتها قاعدة الإسناد،ومن ثم يصبح القانون الأجنبي في ذات مرتبة القانون الوطني[30].

ب– الاندماج الشكلي

يتبنى هذا الاندماج الشكلي الفقه الإيطالي المعاصر، ولقد نادى به الفقيه "Roberto ago"[31] ، ومقتضاه أن الاندماج يكون شكليا فبرغم اندماج القانون الاجنبي في النظام القانوني الايطالي،يحتفظ هذا الاخير بقيمته ومقوماته وفقا لنظام القانوني الذي نشأ في ظله، ومنه يفسر حسب المفاهيم الاجنبية [32].

29–عكاشة محمد عبد العال،تنازع القوانين،دراسة مقارنة ،دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ،2007،ص 360.

30 – زيدون بخته ،التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الدولية الخاص ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ،تخصص القانون الدولي الخاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة تلمسان ،2011 ،ص 111.

31 – DERRUPPÉ Jean, Droit international privé, Dalloz, 14ème édition, Paris, 2001, p, 89 .

32– عليوش قربوع كمال ،القانون الدولي الخاص الجزائري ،تنازع القوانين ،دار هومة ،الجزائر ،2006 ،ص 117.

تستند هذه النظرية على فكرة الثنائية التي تقوم على وجود نظام قانوني دولي، ونظام قانوني وطني لكل دولة وهذا من جهة ، و من جهة أخرى على خصوصية و تفرد كل نظام قانوني وطني داخلي و اختلافه على الأنظمة الأخرى ، مما لا يسمح بتطبيق القانون الأجنبي إلا بعد استيعابه من قبل النظام القانوني الوطني [33].

2-الانتقادات الموجه لنظرية الادماج

إن الانتقاد الموجه لأصحاب الاندماج المادي ،ألا وهو أن الاستقبال المادي يؤدي الى تفسير القانون الاجنبي وفقا لمفاهيم القانون المحلي للقاضي الوطني ، ومنه يشوه مضمون القانون الاجنبي .

أما بالنسبة للانتقاد الموجه لأصحاب الاندماج الشكلي أساسه أن قانون القاضي لا يستوعب كافة القوانين الاجنبية حتى ولو كان شكلا ،لان هذه القوانين كثيرة ومعظمها معقدة[34].

انتقدت ايضا في ان القول بإدماج القانون الأجنبي في النظام القانوني الوطني يقتضى أن يطبق و يفسر كالقانون الوطني ،و في ذلك تجاهل للبيئة التي صدر فيها هذا القانون ، كما أنه من الصعب أن نسلم بعلم القاضي بالقانون الأجنبي لكونه غير منشور في بلاده ، كما انتقدت هذه النظرية لكونها تقوم على نوع من الرؤية الذهنية البعيدة عن الواقع القانوني[35] .

33 - ISSAD Mohand, op.cit. P 174 .

34- سعيد يوسف البستاني ، المرجع السابق ، ص 200.

35- ISSAD Mohand, op.cit. p175 .

ثالثا –نظرية التفويض كأساس لاعتبار القانون الاجنبي قانونا

يرى غالبية الفقهاء في فرنسا و المانيا بان التزام القاضي الوطني بتطبيق القانون الاجنبي يكون على اساس فكرة التفويض ، ومنه سنقوم بدراسة مضمون نظرية التفويض ثم نطرق الى ذكر الانتقادات الموجهة لها.

1–مضمون نظرية التفويض

تقوم هذه النظرية بأن المشرع الوطني عندما يشير الى تطبيق القانون الاجنبي كأنه يقوم بتفويض او إنابة المشرع الاجنبي من اجل وضع قواعد قانونية لحكم النزاع المشتمل على العنصر الاجنبي وذلك عن طريق قواعد الاسناد ، ومنه تصبح هذه القواعد ملزمه في النظام القانوني الداخلي للقاضي باعتبارها قواعد الإسناد في دولة القاضي، ويترتب على هذه النظرية اعتبار القانون الاجنبي قانونا ،أي يحتفظ بكامل صفته وهيئته بالصورة التي تكون له في دولته ، وعليه يلتزم القاضي الوطني بتطبيقه نتيجة لأمر المشرع الاجنبي له بذلك[36].

2 –الانتقادات الموجه لنظرية التفويض

إن التفويض لا يكون إلا لمفوض معين أي معروف سلفا ، والمفوض هنا غير معين ومن ثم فمن غير المعقول ان يقوم المشرع الوطني بإنابة مشرع اجنبي غير معروفا مقدما ،وأن يقوم المشرع الاجنبي المفوض بالتشريع بمقتضى قاعدة الاسناد بإعمال النيابة دون ان يرتضي بها .[37]

36– عوض الله شيبة الحمد السيد ،الوجيز في القانون الدولي الخاص ،الجنسية مركز الاجانب ،تنازع القوانين ،الطبعة الثانية ،دار النهضة العربية ،الاسكندرية ،1997 ص 378.

37– فضيل نادية ،المرجع السابق ،ص 25 .

الانتقاد الاخر هو القول بأن القاضي الوطني يمتثل لغير أوامر مشرعه قولا غير منطقي،لأن المهمة الأساسية للقاضي هي تطبيق قانونه الصادر عن السلطة التشريعية لدولته ، فإذا طبق اوامر المشرع الاجنبي فهذا يعد مساسا بالسيادة الوطنية .

المطلب الثاني

الاختلاف القضائي حول طبيعة القانون الاجنبي

بعدما تطرقنا الى الاختلاف الفقهي حول طبيعة القانون الاجنبي ، سنتناول اختلاف الانظمة القضائية حول طبيعة القانون الاجنبي ،حيث هناك انظمة قضائية تؤيد نظرية اعتبار القانون الاجنبي واقعة ، ومن بينها نجد القضاء الانجلوسكسوني والقضاء الفرنسي و القضاء المصري **(الفرع الاول)** ، و سندرس الانظمة القانونية المؤيدة لنظرية اعتبار القانون الاجنبي قانونا ومن بينهم نجد القضاء الايطالي و الالماني **(الفرع الثاني)**.

الفرع الاول

القضاء المؤيد لنظرية القانون الاجنبي واقعة

هناك بعض الأنظمة القضائية التي طبقت القانون الأجنبي بصفته واقع ،نجد **(اولا)** القضاء الانجلوسكسوني الذي يقضي باحترام الحقوق المكتسبة ،**(ثانيا)** القضاء الفرنسي الذي يعتبر القانون الأجنبي ذو طبيعة مزدوجة ، **(ثالثا)** القضاء المصري الذي يكيف القانون الاجنبي على انه عنصر من عناصر الواقع .

أولا –القضاء الانجلوسكسوني

طبق القضاء الانجليزي نظرية احترام الحقوق المكتسبة لأول مرة سنة 1811 في قضية مشهورة، وهي قضية "**Dalrymple.Dalrymple** حيث تتمحور القضية حول صحة ما اذا كانت" **Miss Gordon** تعتبر زوجة للسيد **Dalrymple** .

إذ جاء في حيثيات الحكم في هذه القضية ، أن هذه القضية مرفوعة أمام المحاكم الإنجليزية لذلك يجب أن يقضى فيها طبقا لمبادئ القانون الإنجليزي الواجبة التطبيق في مثل هذه القضية ، والقانون الواجب التطبيق في هذه القضية هو القانون الانجليزي و تقدير صحة حقوق " **Miss Gordon** الزوجية يجب أن يكون وفقا لقانون الدولة التي نشأت فيها هذه الحقوق إذا كانت موجودة [38] .

ويرتب القضاء في الدول الانجلوسكسونية كافة النتائج المترتبة على اعتباره القانون الأجنبي مجرد واقعة ، وعليه فالقاضي لا يطبقه إلا إذا تمسك أحد الأطراف به و أثبت اختلاف مضمونه على مضمون القانون الوطني ، كما أنه إذا اتفق الأطراف على مضمون القانون الأجنبي فإن القاضي يطبقه دون حاجة إلى وسيلة أخرى لإثباته ،و أخيرا فإن الخطأ في تطبيقه لا يخضع لرقابة محكمة النقض[39] .

ثانيا–القضاء الفرنسي

الموقف الفرنسي التقليدي من القانون الأجنبي صاغه الإجتهاد القضائي ،حيث عبر في عدة قراراته على مجموعة من المبادئ شكلت في مجملها مركز هذا القانون أمام القضاء الفرنسي، و تتمثل هذه المبادئ في وضع اثبات مضمون القانون الأجنبي على عاتق

38– قتال حمزة ، دور القاضي في تطبيق القانون الاجنبي في القانون الجزائري و المقارن ،اطروحة للحصول على شهادة الدكتوراه ،فرع القانون الخاص ،كلية الحقوق ،جامعة الجزائر ،2011 ص 135.

39–ضويفي عادل ، المرجع السابق، ص ، 39.

الأطراف ، و إذا لم يتمكنوا من اثباته فهنا يطبق القاضي القانون الفرنسي ، كما أن القاضي لا يمكنه أن يثير بنفسه تلقائيا تطبيق هذا القانون ما لم يتمسك به أحد الأطراف ، كما أن محكمة النقض الفرنسية ترفض باستمرار فرض رقابتها على تفسير القانون الأجنبي من قبل قاضي الموضوع[40] .

في إحدى الأحكام القضائية ظهر موقف القضاء الفرنسي من طبيعة القانون الاجنبي وخصوصا باعتباره ذو طبيعة مزدوجة في قضية "**BISBAL بيسبال**[41] ،الصادر في 12 ماي 1956، حيث تبنى القضاء الفرنسي في هذه القضية موقفا قريبا من موقف القضاء في البلاد الإنجلوساكسونية ، اذ جاء فيه" إن قواعد الإسناد الفرنسية لا تتعلق بالنظام العام على الأقل حين تشير باختصاص القانون الأجنبي تلقائيا ، ونطبق القانون الفرنسي الذي له الصلاحية لحكم جميع علاقات القانون الخاص" .

إعتبر القضاء الفرنسي في اولى مراحله القانون الأجنبي واقعة، بحيث لا يلتزم القاضي بتطبيق القانون الاجنبي من تلقاء نفسه ، لكن تراجع بعد ذلك وأجاز للقاضي البحث عن مضمون القانون الأجنبي ، ثم قضى في مرحلة أخرى بالتطبيق التلقائي ، أي تطبيق القانون الأجنبي دون تمسك الخصوم به ،و معتبرا إياه قانون وليس واقعة وبعد ذلك تراجع القضاء الفرنسي على موقفه السابق من القانون الاجنبي و أصبحت يقضي بإلزام قاضي الموضوع بتطبيق القانون الأجنبي تلقائيا و البحث عن مضمونه عندما يتعلق النزاع بحقوق لا يجوز للأطراف التصرف فيها ، بل إن هذه المحكمة أصبحت لا تبرر رفضها فرض الرقابة على تفسير القانون الأجنبي بكونه واقعة وهذا يفهم صراحة باعترافها بالصفة القانونية للقانون الاجنبي ، فقد جاء في قرار لها صادر بتاريخ 1993/01/13 " أن قاضي الموضوع يطبق

40 - LOUSSOUARN Yvon , BOUREL Pierre, Droit international privé , 7 éme édition Dalloz, Paris ,2001 p245.

41 -Cour de cassation , première chambre civil ,12mai 1959.Voir BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, Op,cit, p. 531.

و يفسر بكل سيادة القانون الأجنبي ، هذا الأخير يبقى رغم غياب رقابة محكمة النقض قاعدة قانونية لا تخضع لأحكام المادة 7 [42]من قانون الإجراءات المدنية الجديدة".

ثالثا –القضاء المصري

لقد اعتبرت محكمة النقض المصرية القانون الاجنبي مجرد واقعة من وقائع الدعوى حيث أنها بررت ذلك نتيجة الصعوبات العلمية التي تواجه قاضي الموضوع ، وذلك في حكمها الصادر بتاريخ 6 جوان 1984 ، حيث قررت بأن التمسك بقانون أجنبي لا يعدو وإن يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها ، وكان مرد هذا القضاء هو الاستجابة للاعتبارات العملية ، التي لا يتيسر معها للقاضي الإلمام بأحكام ذلك القانون[43] ، فإن مناط تطبيق هذه القاعدة أن يكون القانون الأجنبي غريبا عن القاضي ، وبذلك يصعب عليه الوقوف على أحكامه والوصول إلى مصادره ، أما إذا كان القاضي يعلم بمضمونه أو كان علمه به مفترضا فلا محل للتمسك بهذه القاعدة .

الفرع الثاني

القضاء المؤيد لنظرية القانون الاجنبي قانونا

يميل الاتجاه الغالب من القضاء إلى تأكيد الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي، مع الاحتفاظ بصفته الأجنبية في نفس الوقت ،فهو يؤكد أولا أن القانون الأجنبي يطبقه القاضي بوصفه قانونا و هو لا يفقد هذه الصفة و لا ينقلب إلى واقعة إذا خرج من نطاق الإقليم الذي يباشر فيه المشرع الذي أصدره سيادته ، و القول بأن القانون الأجنبي يعتبر أمام

42 – L’arlticle 7/ 01 du nouveau code de procédure civile Français : qui dispose :Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat, voir le sit wab http:// www.legifrance.gouv.fr أرادت محكمة النقض الفرنسية في هذا القرار بأن تقول بأن القانون الأجنبي لا يدخل ضمن هذه الوقائع مما يعني الإعتراف بصفته كقانون

43– أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ،ص 509.

القاضي مجرد واقعة من شأنه أن يؤدي بنا إلى الاستنتاج أن القاضي يطبق واقعة على واقعه و هو أمر لا معنى له، و ثانيا أن هذا القانون لا يفقد صفته الأجنبية بل يحتفظ بها، و القاضي يطبقه استجابة لأمر المشرع الوطني الوارد في قاعدة الإسناد دون أن يدمج في النظام القانوني الوطني[44].

من بين الانظمة القضائية التي اعتبرت القانون الاجنبي قانونا ، نجد القضاء الايطالي الذي اخذ بنظرية الاستقبال و الاستيعاب **(اولا)**، وأيضا نجد القضاء في المانيا يتعامل مع القانون الاجنبي كما هو أي باعتباره قانون أجنبي دون أن يندمج في قانون القاضي **(ثانيا)** .

اولا –موقف القضاء الايطالي

اخذ القضاء الايطالي قديما بالاستقبال الموضوعي،و اعتبر القانون الاجنبي يندمج مع القانون الوطني و هذا يؤدي الى خلق قواعد جديدة مستقلة عن قواعد القانون الاجنبي ،فهنا اذ طبقها القاضي الايطالي يكون على اساس انها من قواعد القانون الايطالي .

أما حديثا فمحكمة النقض الإيطالية تعتبر القانون الأجنبي قانونا محتفظا بمضمونه وأحكامه رغم اندماجه بالقانون الايطالي ، و استقرت على الأخذ بهذا الاتجاه في الحكم الصادر في تاريخ 8 يوليو 1931 حينما قضت بان القانون الاجنبي الذي حددته قاعدة التنازع الايطالية يضل قانونا اجنبيا دائما ،فقد عين في نظامنا القانوني بصفته كذلك ،ولأنه كذلك فلا يمكن اعتباره انه قد اندمج في عمل ايرادي للمشرع الوطني [45] .

44 –عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 578 .

45–أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ،ص 496.

ثانيا – موقف القضاء الالماني

يعتبر القانون الألماني حسب نص المادة 293 [46]من قانون المرافعات المدنية الالماني القانون الأجنبي ذو طبيعة قانونية ، ويرفض اعتباره مجرد واقعة وبهذا يكون القانون الألماني حسب هذا النص من بين القوانين القليلة التي عالجت مشكلة اثبات مضمون القانون الأجنبي بقاعدة تشريعية ، حيث رأى المشرع الألماني ان الإحاطة بقواعد القانون الأجنبي ليس بالأمر السهل في كافة الاحوال ، ومن اجل ذلك وضع قاعدة تنظيمية لإثباته تسمح باشتراك الخصوم فيه دون أن تعفي القاضي من هذا الواجب .[47]

46- Article 293 code de procedure civil allemande :"The laws applicable in another state, customary laws, and statutes must be proven only insofar as the court is not aware of them. In making inquiries as regards these rules of law, the court is not restricted to the proof produced by the parties in the form of supporting documents; it has the authority to use other sources of reference as well, and to issue the required orders for such use" . Voir le sit web https:// www. gesetze-im-internet.de

47- صوارني أمل ،المرجع السابق ،ص 66.

المبحث الثاني

الموقف التشريعي من القانون الاجنبي

لقد اختلفت التشريعات القانونية حول نظرتها للقانون الاجنبي ،حيث أن لكل مشرع نظرته الخاصة و تختلف باختلاف الدول ، حيث سنبدأ بتحديد طبيعة القانون الاجنبي وفقا للقانون الجزائري فهل يعتبره المشرع الجزائري قانونا او يعتبره كواقعة **(المطلب الاول)** .

أما بالنسبة لبعض المنظومات التشريعات المقارنة فسنحاول ذكر موقفها القانوني من القانون الاجنبي ،وسنبدأ بالقانون الفرنسي بحيث نحلل قواعد القانون الدولي الخاص الفرنسي من اجل استظهار طبيعة القانون الاجنبي ،وبعدها سنحلل قواعد مدونة القانون الدولي الخاص التونسية ،دون نسيان تحديد موقف المشرع المصري من القانون الاجنبي وذلك عن طريق ايضا تحليل قواعد القانون المدني المصري **(المطلب الثاني)** .

المطلب الاول

موقف المشرع الجزائري من طبيعة القانون الاجنبي

لم ينص المشرع الجزائرى في القانون المدني الجزائري على تكييفه للقانون الاجنبي حيث نص فقط على كون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المشتملة على العنصر الاجنبي وهذا وفقا لنص المادة 9 [48]من القانون المدني ،ولكن سنحاول تحديد طبيعة القانون الأجنبي في القانون الجزائري ، من خلال تحليل النصوص القانونية المختلفة من اجل التوصل إلى معرفة موقف القانون الجزائري و هذا في **(الفرع الأول)** ،ثم نتطرق إلى موقف القضاء الجزائري من هذه المسألة من خلال عرضنا لقرار المحكمة العليا و هذا يكون في**(الفرع الثاني)**.

48- المادة 9 من القانون المدني الجزائري : "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه ".

الفرع الاول

المشرع يعتبر القانون الاجنبي قانونا

الحقيقة أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة علن موقفه من مسألة طبيعة القانون الأجنبي وأساس تطبيقه ،غير أنه أورد نصاً خاصاً في المادة358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[49] ، بحيث يمكن أن نطلع من خلالها على موقفه ، فهذه المادة تحدد أوجه الطعن بالنقض و من بين هذه الأوجه ما جاء في الفقرة 6 و هو مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة "، يعني ذلك أن تطبيق قضاة الموضوع لقانون أجنبي خاص بقانون الأسرة يخضع لرقابة المحكمة العليا ، و يعني ذلك أن يعمد القضاة لنقضه تلقائياً و عليهم البحث عن موضوعه ، و هذا كله يؤدي إلى نتيجة هامة و هي أن المشرع الجزائري قد جعل القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة في مستوى القانون الوطني،و بالتالي يكون قد عامله معاملة القانون كما أن ذلك يعني بمفهوم المخالفة أن ما يخرج من القوانين الأجنبية عن مجال الأحوال الشخصية لا يخضع لرقابة المحكمة العليا [50].

غير أن مما سبق ذكره لا يمكننا بحال من الاحوال أن نفهم بمفهوم المخالفة أن القانون الأجنبي فيما دون ذلك لا يعتبر قانونا وإن كان يفهم منه أن القاضي الوطني في تطبيقه فيما عدا مسائل الأسرة لا يخضع إلى رقابة للمحكمة العليا نظرا لهذا الغموض نتعرض **لموقف الفقه الجزائري** ، والذي نجد أنه انقسم إلى اتجاهين ، اتجاه يرى بأن المشرع اعتبر القانون الأجنبي ذو طبيعة مزدوجة **(اولا)** ، واتجاه ثاني يرى بأن المشرع اعتبر القانون الاجنبي قانونا **(ثانيا)** .

---

49 _ قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 ،يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية،ج.ر.ج.ج،،عدد 21،صادر في 25 افريل 2008 ، انظر الموقع الالكتروني : www.joradp.dz.

50 – بن عصمان جمال ،محاضرات في مقياس القانون الدولي الخاص ،السنة الثالثة قانون خاص ،كلية الحقوق و العلوم السياسة ،جامعة تلمسان ،2015 ,ص 23.

اولا- القانون الاجنبي ذو طبيعة مزدوجة .

يرى بعض الفقهاء في الجزائر بان المشرع الجزائري يعتبر القانون الاجنبي ذو طبيعة مزدوجة ، حيث يعتبره قانونا في طائفة الاحوال الشخصية وما عدا ذلك يعتبره مجرد واقعة وهذا الجانب يبرر رأيه في المواد 358 و 360 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية فالمادة 358 فقرة 6 تنص بأن" مخالفة قانون أجنبي متعلق بقانون الأسرة" ، وجها للطعن والمادة 360 تنص بأنه يجوز بناءا عليه للمحكمة العليا ولو تلقائيا نقض الحكم[51] .

ان الاستاذ عليوش قربوع كمال من الفقهاء الذين يرون ان المشرع الجزائري يعتبر القانون الاجنبي ذو طبيعة مزدوجة ، حيث قال : إن المشرع يميز بين القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية والذي يكون وجها من أوجه الطعن بالنقض ، أي أنه يتعلق بالنظام العام والقوانين الأخرى التي لا تخضع للطعن بالنقض لأنها تعتبر كواقعة [52] .

هو نفس الموقف الذي تبناه الدكتور زروتي الطيب ، حيث قال" مما يعني أن المشرع الجزائري اعتبر القانون الأجنبي في هذه الحالة قانونا، شأنه شأن القانون الوطني ، أما فيما عداه فهو مجرد واقعة " [53] هذا بشان مفهمومه للمادة السالفة الذكر .

ونجد ايضا الدكتور إسعاد موحند ، الذي اعتبره ايضا ذو طبيعة مزدوجة حيث يقول"و الواقع أن القاضي لا يطبق حكما قاعدة الإسناد، وبالتالي القانون الأجنبي عند الاقتضاء، إلا إذا كانت الحالة المعروضة أمامه تتكشف عن عناصر خارجية، إلا أنه يجدر التفريق هنا بين المواد التي تعود للنظام العام كالأحوال الشخصية، وبين المواد التي تقبل حرية الاطراف ، كما هي الحال في المواد التعاقدية، ففي الحالة الأولى لا يمارس اتفاق الاطراف أي تأثير على القانون واجب التطبيق حيث يحتفظ القاضي بكافة سلطاته ، أما في الحالة الثانية ، وفيما عدا آلية الغش، يمكن للاطراف أن يستتروا على العناصر الأجنبية للقضية ، ويمثل

51 - قتال حمزة ، المرجع السابق ،ص 151.

52 - عليوش قربوع كمال ،المرجع السابق ،ص 121.

53- قتال حمزة ،المرجع السابق ،ص 152.

هذا مظهر من مظاهر استقلالية الارادة التي تعني بالنسبة لهم السكوت عن القانون المتوجب تطبيقه بصورة طبيعية ، وتفضيلهم ضمنيا قانون قاضي الدعوى [54].

فهنا يمكن لنا القول انه لو اعتبرنا القانون الاجنبي ذو طبيعة مزدوجة ، فسنكون أمام نزاعات معقدة ويصعب على القاضي الفصل فيها ، بحيث يطبق في نفس الدعوى قانونا أجنبيا متعلقا بالأحوال الشخصية يخضع في تطبيقه لرقابة المحكمة العليا ومرة اخرى يطبق قانونا أجنبيا اخر غير متعلق بالأحوال الشخصية فهو يطبقه كواقعة و لا يخضع لرقابة المحكمة العليا .

ثانيا –المشرع الجزائري يعتبر القانون الاجنبي قانونا.

على العكس مما سبق يرى الأستاذ عبد الكريم بلعيور[55] أن القانون الأجنبي يتمتع بالطبيعة القانونية بناءا على الطابع الإلزامي لقواعد الإسناد الوطنية و هو ما يفهم من قوله ":و بناءا على هذه العبارات و صيغ قواعد الإسناد فإننا نرى بان المشرع الجزائري يريد من خلالها جعل تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الجزائري المعروض عليه النزاع من تلقاء نفسه ودون انتظار تمسك الخصوم به ، حيث أن هذا التطبيق التلقائي للقانون الأجنبي لا يكون إلا إذا تمتع القانون الأجنبي بالطبيعة القانون .

عليه يمكننا القول بان المشرع الجزائري عندما وضع قواعد الاسناد الوطنية و سمح بتطبيق قواعد القانون الاجنبي ذلك على اساس اعتباره قانونا وليس واقعة .

54– إسعاد موحند ،القانون الدولي الخاص ، الجزء الاول، تنازع القوانين ، ترجمة فائق انجق ، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر، 1989، ص 232 و 233.

55– بلعيور عبد الكريم ، محاضرات في القانون الدولي الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ،2007،ص152 .

الفرع الثاني

القضاء الجزائري يعتبر القانون الاجنبي قانونا

رأينا فيما سبق بان المادة 358 الفقرة 6[56] من قانون الاجراءات المدنية والإدارية ، أن المشرع الجزائري اخضع تطبيق القاضي للقانون الاجنبي في مسائل الاسرة لرقابة المحكمة العليا ،واعتبر هنا القانون الاجنبي قانونا ولم يتطرق الى المسائل الاخري التي لا تتعلق بالأسرة او الحالة العائلية لشخص .

لقد جاءت المحكمة العليا بقرار صادر عن الغرفة المدنية ملف رقم[57] 107604 صادر بتاريخ 27 أفريل 1994(قضية الوكيل القضائي للخزينة الفرنسية) ضد(ع م) حيث يتمثل موضوع النزاع ان السيد (ع م) الجزائري الجنسية تعرض لحادث مرور سببته شاحنة لدرك الفرنسي البحري ادت الى اصابة الضحية بأضرار بالغة ، وقد رفع الضحية دعوى أمام القضاء الجزائري مطالبا بتحميل الدولة الفرنسية ممثلة في الخزينة الفرنسية المسؤولية المدنية وأن تعوضه عن الاضرار التى اصابته جراء ذلك الحادث ، فأستجيب لطلبه بموجب القرار عن مجلس قضاء وهران بتاريخ 5 فيفري 1989 الذي أيده المجلس نفسه فصلا في المعارضة ضد القرار بقرار اصدره في 11 ديسمبر 1990 ، حيث أن الوكيل القضائي للخزينة العامة الفرنسية طعن بالنقض ضد هذا القرار ، واستند طعنه إلى وجهين[58] :

الوجه الأول مأخوذ من مبدأ عدم تقاضي الدول واتفاقية إيفيان التي شاركت فيها الجزائر ،باعتبار أن المبدأ الدولي يمنع على الدولة ان تقاضي دولة اخرى بدون موافقة هذه

56 – مضمون المادة 358 الفقرة 6 من قانون الاجراءات المدنية والادارية : مخالفة القانون الاجنبي المتعلق بقانون الاسرة .

57– المجلة القضائية ، العدد 3، سنة 1994،ص 33 الى 38 ،انظر الموقع الالكترونيhttps://elmouhami.com.

58– زروتي الطيب ،اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه ،دار هومة ،الجزائر 2014. ص 93 .

الاخيرة ، و هذا المبدأ الدولي ينتج منه الاستقلال و المساواة بين الدول ، وهذا وفقا للمادة 30 من هذه الاتفاقية بحيث تعفي ممثلي الدول الأجنبية من التقاضي ، وعلى ذلك يصرح المجلس بان الوكيل القضائي للخزينة الفرنسية يمكن الحكم عليه من طرف محكمة جزائية بحيث انه لا يمس السلطة الفرنسية لا من قريب ولا من بعيد مما يستوجب منه النقض [59].

أما الوجه الثاني فهو مأخوذ من سوء تطبيق القانون ، ذلك لان الدولة الفرنسية تعتبر مسؤولا مدنيا عن احد اعوانها ،فان المحاكم الجزائرية ينبغي عليها الرجوع الى القوانين الفرنسية الخاصة بمثل هذه القضايا ولا تصدر احكام عشوائية خالية من النصوص القانونية الخاصة بالقضية ، مما يعرض القرار لنقض و الابطال[60] ،لأن القرار محل الطعن جاء خاليا من الإشارة إلى القوانين الفرنسية ، خاصة وأن الأمر يتعلق بسيادة الدول ، ولقد رفضت المحكمة العليا كلا الوجهين المثارين وقضت بأن:

قانون نابليون لسنة 1804 هو الواجب التطبيق ، وبالرجوع إلى هذا القانون ، نلاحظ أن الالتزامات الغير التعاقدية تخضع لقانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام ، وما كان يطبق في المحاكم الفرنسية منذ 1948 في قضية شهيرة تسمى قضية لوتور، ومنذ ذلك الوقت 1948 أصبحت جميع الالتزامات غير التعاقدية تخضع لقانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام .

في القضية الحالية القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق آنذاك ، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 20 من القانون المدني الجزائري ، مما يفيد أن قضاة الموضوع طبقوا مضمون القانون الفرنسي على اكمل وجه ، مما يستوجب معه رفض الوجه الثاني."

نلاحظ من هذا القرار أن المحكمة العليا قضت بأن تطبيق القانون الأجنبي المختص بناءا على إعمال قاعدة الإسناد تطبيق صحيح للقانون ، أي تطبيق مضمون قاعدة الإسناد

59 – زروتي الطيب ،اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه ،المرجع نفسه ،ص 94 .

60 – المرجع نفسه ،ص 94

في المادة 20 من القانون المدني الجزائري والتي أشارت باختصاص القانون الأجنبي وطبقه القاضي بناءا على ذلك ، يعتبر تطبيقا صحيحا للقانون.

مجمل القول أنه من خلال القرار نستخلص بأن المحكمة العليا قبلت بطعن يتعلق بتطبيق قانون أجنبي في مجال الالتزامات غير التعاقدية ، أي خارج عن مجال الأحوال الشخصية ، وناقشت وجه الطعن المأخوذ من سوء تطبيق القانون عدم الإشارة إلى القوانين الفرنسية الخاصة بالنزاع في القرار محل الطعن ، وهذا ما يفهم منه أن المحكمة العليا اعتبرت القانون الفرنسي في هذا النزاع قانونا وليس واقعة ، ولولا ذلك لما ناقشت ذلك الدفع وقررت بأن قضاة الموضوع طبقوا مضمون القانون الفرنسي على الوجه الأكمل ، أي أنها مارست الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي[61].

المطلب الثاني

موقف القانون المقارن من طبيعة القانون الاجنبي

نذكر فيما يلي موقف بعض التشريعات المقارنة من القانون الاجنبي ،و ذلك على النحو التالي : موقف القانون الفرنسي من القانون الاجنبي الذي اعتبر القانون الاجنبي مجرد واقعة من وقائع الدعوى **(الفرع الاول)**، وسنتطرق ايضا الى دراسة موقف المشرع المصري من القانون الاجنبي الذي بدوره تأثر بالقانون الفرنسي واقر ان القانون الاجنبي واقعة **(الفرع الثاني)** ، اما اخيرا ندرس موقف المنظومة التشريعية التونسية من القانون الاجنبي التي اعتبرت القانون الاجنبي قانونا **(الفرع الثالث)** .

61–قتال حمزة ،المرجع السابق ،ص 156.

الفرع الاول

موقف القانون الفرنسي من طبيعة القانون الاجنبي

اعتبر القانون الفرنسي القانون الاجنبي عنصر من عناصر الواقع ، و يظهر ذلك في عنصرين: الاول عندما الزم اطراف النزاع على اثبات مضمون القانون الاجنبي، اما العنصر الثاني هو ان القاضي الفرنسي لا يطبق القانون الاجنبي من تلقاء نفسه،وكذا رفض محكمة النقض الفرنسية فرض رقابتها اثناء تطبيق القاصي الفرنسي للقانون الاجنبي[62] .

إن العنصرين السابقين يعتبران من اثار اعتبار القانون الاجنبي واقعة حسبما رأينا سابقا , ومنه بدورنا نستنتج ان المشرع الفرنسي اخذا بنظرية القانون الاجنبي قانونا .

كما تنص المادة 12 الفقرة 1 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي الجديد : " يفصل القاضى في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي تطبق عليه "[63] و عند تحليلنا لهذه المادة نستخلص انه اذا كان النزاع المعروض على القاضي نزاعا داخليا لا يشتمل على العنصر الاجنبي فانه يتعين على القاضي تطبيق القانون الداخلي اما اذا كان النزاع يشتمل على عنصر اجنبي فإننا نطبق القانون الاجنبي الذي اشارت اليه قواعد الاسناد في دولة القاضي.

الاصل أن محكمة التميز الفرنسية لا تلزم القاضي بتطبيق القانون الاجنبي بحيث قالت: "قواعد الاسناد الفرنسية لا تتعلق بالنظام العام على الاقل حين تشير باختصاص القانون الاجنبي بمعنى ان علي الخصوم التمسك بتطبيق هذا القانون "،وعلى ذلك فلا يعني على قضاة الموضوع عدم تطبيقهم للقانون الاجنبي من تلقاء نفسهم[64].

62 – LOUSSOUARN Yvon , BOUREL Pierre, op cit ,pp 277 ,278

63–Le nouveau code de procédure civile français. voir le site web// www.legifrance.gouv.fr

64–LOUSSOUARN Yvon , BOUREL Pierre., op cit ,p248 ,249

أما حديثا فلقد تأثرت محكمة التميز الفرنسية بالاتجاهات الفقهية الحديثة ،بحيث اقرت انه في القضايا التي يمتلك الاطراف حرية التصرف بها يتعين على من يتذرع بالتمسك بالقانون الاجنبي ان يطلب تطبيقه في الدعوى ،وأن يثبت مضمونه المخالف للقانون الوطني بمعنى القاضي لا يلزم بتطبيق القانون الاجنبي تلقائيا [65].

نستنتج في الاخير بان محكمة النقض الفرنسية قد فرقت بين مسالتين،ففي المسائل التي تتعلق بالحقوق التي لا يجوز للأطراف التصرف فيها ،تقر بأن القانون الاجنبي بمثابة قانون وقاضي الدعوى ملزم بتطبيقه تلقائيا ،اما في المسائل التى تتعلق بحقوق يجوز للأطراف التصرف فيها ،فهنا تعتبر القانون الاجنبي قانونا ، ومن ثم يكون القاضي غير ملزم بتطبيق القانون الاجنبي تلقائيا ،تستند هذه التفرقة الى انه في الحقوق التي يجوز للأطراف التصرف فيها ، بإمكانهم أن يتنازلوا فيها عن تطبيق القانون الاجنبي ،ومنه القاضي الفرنسي يطبق القانون الوطني .

الفرع الثاني

موقف القانون المصري من طبيعة القانون الاجنبي

لقد اعتبر المشرع المصري القانون الاجنبي عنصر من عناصر الواقعه ,حيث هذا ما يفهم من نص المادة 27 من القانون المدني المصري : " إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية ، دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص"[66].

65- BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul ,op cit, pp533,534.

66 -المادة 27 من القانون المدني المصري رقم 131 بتاريخ 29 جويلية 1948 انظر موقع الانترنت www.coursdroitarab.com

إن محكمة النقض المصرية تساير محكمة النقض الفرنسية ، اذ اعتبرت القانون الاجنبي مجرد واقعة ، ففي حكم لها صادر في 7 جوان 1955 قالت : "إن التمسك بتشريع أجنبي أمام هذه المحكمة ، لا يعدوا أن يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها [67]".

لقد تابعت محكمة النقض المصرية نهجها هذا،في حكمين صادرين في 14 افريل 1970 ، وقررت أن تمسكها بقاعدة قانونية أجنبية هو دفاع يخالطه واقع ، حيث كان يجب عرضه في محكمة الموضوع ، فنجد أنها قضت في هذا الحكم بأنه " لأن الاستناد إلى قانون أجنبي هو، على ما جرى به قضاء هذه المحكمة ، واقعة يجب على الخصوم إقامة الدليل عليها...، ولما كانت الطاعنة لم تقدم ما يثبت أنها تمسكت بهذا الدفاع أمام محكمة الموضوع ، فإنه يكون سببا جديدا لا يجوز التصدي به لأول مرة أمام محكمة النقض"، وفي حكمها الصادر بتاريخ 19 جانفي 1977 اكدت الموقف نفسه[68].

لكن قضاء محكمة النقض المصرية عرفت تطورا ملحوظا ، حيث أنها بررت في أحد أحكامها بأن معاملة القانون الأجنبي معاملة الوقائع هو نتيجة للصعوبات العملية التي تواجه قاضي الموضوع ، وذلك في حكمها الصادر في 6 فيفري 1984 بحيث قررت بان "التمسك بقانون أجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها ، وكان مرد هذا القضاء هو الاستجابة للاعتبارات العملية التي لا يتيسر معها للقاضي الإلمام بأحكام ذلك القانون فإن مناط تطبيق هذه القاعدة أن يكون القانون الأجنبي غريبا عن القاضي يصعب عليه الوقوف على أحكامه والوصول إلى مصادره ، أما إذا كان القاضي يعلم بمضمونه أو كان علمه به مفترضا فلا محل للتمسك بهذه القاعدة [69]".

في الاخير نستنتج أن محكمة النقض المصرية مبدئيا قد استقرت على اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة يتعين إقامة الدليل عليها ، ولا يجوز التمسك بتطبيقه لأول مرة أمامها .

---

67 –أحمد عبد الكريم سلامة ،المرجع السابق ، ص 508.

68 –المرجع نفسه ، ص 508.

69–المرجع نفسه ص509 .

الفرع الثالث

موقف القانون التونسي من القانون الاجنبي

نص المشرع التونسي عن القوة الملزمة لقواعد التنازع واخذ بالتميز الذي جاء به القضاء الفرنسي ،حيث ميز بين الحقوق التي لا يجوز للأطراف التصرف فيها و التى تدخل من النظام العام ، وبشأنها تكون قواعد الإسناد ملزمه، والحقوق التي يجوز التصرف فيها لا تدخل في النظام العام وفيها تكون قواعد الإسناد غير ملزمة والزم الخصم بإثبات القانون الاجنبي اذا تعلق الامر بحقوق يجوز التصرف ،و هذا ما جاء به الفصل 28[70] من مدونة القانون الدولي الخاص التونسية .

غير أنه في هذا النص استعمل مصطلح تعلق قاعدة التنازع بالنظام العام ، وهذا منتقد لان جعل تعلق قاعدة التنازع بالنظام العام في الحقوق التي يجوز التصرف فيها أي أنها ملزمة في هذه المسائل ، وفي غيرها جعل عدم إلزاميتها متوقف على أن يعبر الاطراف بصورة جلية عن ارادتهم في استبعاده.

الفصل 32 الفقرة 1 و2:" يمكن للقاضي بصفة تلقائية إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي المعيّن بقاعدة الإسناد في حدود إمكانيات علمه به ، وفي أجل معقول بمساعدة الأطراف عند الاقتضاء.

وفي الحالات الأخرى فإن الطرف الذي تكون دعواه مستندة على القانون الأجنبي مطالب بإثبات محتواه ".

70- الفصل 28 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي: "قاعدة التنازع من قواعد النظام العام إذا كان موضوعها صنفا يتضمن حقوقا ليست فيها للأطراف حريّة التصرف.

وفي الحالات الأخرى تكون القاعدة ملزمة للقاضي إلا إذا عبر الأطراف بصورة جلية عن إرادتهم في عدم تطبيقها"

تم الاطلاع عليه في الموقع https://www.tunisia-sat.com

حسبما يفهم من الفصل 32 المشرع التونسي يعتبر القانون الاجنبي قانونا سواء عينته قاعدة الاسناد او تمسك به احد الخصوم، مع اقامة تفرقة على مستوى عبئ الاثبات فلقد استند الدور الرئيسي في الاثبات للقاضي في الحالة الاولى وللخصوم في الحالة الثانية على ان يساعد الخصوم القاضي في اقامة الدليل على محتوى القانون الاجنبي و يمد القاضي يد المساعدة عند الاقتضاء لإثبات وجوده او محتواه، لكن في حدود ما تخوله المبادئ العامة من قانون المرافعات التونسية[71].

اما المادة 34 من نفس القانون تقر ان :" يطبّق القاضي القانون الأجنبي كما وقع تأويله في النظام القانوني المنتمي إليه".

و يخضع تأويل القانون الأجنبي لرقابة محكمة التعقيب."

نستنتج انه عند تطبيق القاضي التونسي للقانون الاجنبي ، يجب عليه الاكتفاء بتطبيق النص وفقا لأحكام تأويله في نظامه القانوني ،فعليه يجب على القاضي ان ينقل المعنى الذي يحمله النص الاجنبي كما وقع تأويله من السلطات الاجنبية المكلفة بتطبيقه ،و كل هذا يثقل من كاهل القاضي اذ في كثير من الاحيان يكون النص موضوع التطبيق قد تعددت طرق تأويله من طرف فقه القضاء أي تعدد التأويلات لنص الواحد ، وكذا وجود نصوص قانونية غامضة تحتاج الى التأويل وإضافة الى ذلك مشكلة غياب النص .

بالنسبة لرقابة محكمة التعقيب التونسية ، فالمشرع نص صراحة على أن تأويل القانون الاجنبي يخضع لرقابة محكمة التعقيب ، التي تجري رقابتها على سلامة تطبيق القانون الاجنبي وفق مبادئ التأويل المعرفة في القانون الأجنبي ، وليس لها ان تخالف هذه المبادئ ولو بدا لها ان تأويل القاعدة القانونية في القانون الاجنبي خاطئ و مخالف لظاهر النص

71 – مبروك بن موسي ،شرح المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص ، المغاربية ،تونس ،2003 ص ص 307 و 308.

لان الفقرة الاولى من هذا الفصل توجب تطبيق القانون الاجنبي كما وقع لتأويله في النظام القانوني المنتمي اليه [72].

72 – منتصر السلامي ، قاعدة القانون الافضل على ضوء مجلة القانون الدولي الخاص ،محاضرات ختم التمرين لمهنة المحاماة ، الفرع الجهوي ،تونس ،2007 ص 15 .

الفصل الثاني

كيفية تطبيق القانون الاجنبي

يقصد بالقانون الأجنبي النظام القانوني الساري المفعول في الدولة ، التي أشارت قاعدة التنازع إلى تطبيق قانونها ، و القانون الاجنبي لا يقتصر على النصوص التشريعية المكتوبة ولكن يشمل ايضا العرف السائد و الاجتهاد القضائي وكذا السوابق القضائية بالنسبة للدول التي تأخذ بهذا النظام الأخير[73] مثل الدول الانجلوسكسوني ،ومن الاشكاليات التي يثيرها اعمال القانون الاجنبي امام القضاء الوطني ،هو دور القاضي في تطبيق قواعد التنازع ، ودور كل من الخصوم أو القاضي في اثبات مضمونها وكذا دور المحكمة في كل ذلك .

ان دور القاضي الوطني في تطبيق القانون الاجنبي يجد اساسه في ان اختصاص هذا القانون ،و يحدد بأمر من المشرع وهذا استنادا للخاصية الازدواجية لمعظم قواعد الاسناد والمشرع الوطني جعل ارادته في قاعدة الاسناد التي اشارت الى تطبيق هذا القانون .

لقد رأينا سابقا ان غالبية الفقه و القضاء يرون ان القانون الاجنبي لا تتغير طبيعته بمجرد تطبيقه في دولة اخرى ، بل يضل محتفظا بطبيعته القانونية ولا يتحول الى واقعة ، وعلى ذلك تنتج عدة اثار وهي اعتبار القانون الاجنبي جزء من القانون الوطني بحيث يفترض في القاضي العلم بأحكامه وكذا يجب عليه تطبيقه من تلقاء نفسه ، وبالتالى فان الخصوم وان جازت معاونتهم للقاضي في اثبات القانون الاجنبي إلا انهم لا يكلفون بإثبات مضمونه فالقاضي يقضي بالقانون الاجنبي بعلمه وعليه ان يبحث عن مضمون القانون الاجنبي ويغيره حسب القواعد المعمول بها في الدولة صاحبة هذا القانون وفي كل هذا يخضع القاضي لرقابة المحكمة ،اما الاتجاه الاخر من الفقه والقضاء عندما اعتبروا القانون مجرد واقعة ترتبت عليه عكس الاثار السابقة .

عليه نكون امام اشكاليات مفادها ،ما مدى التزام القاضي الوطني بتطبيق القانون الاجنبي ؟وهل القاضي الوطني يبحث عن هذا القانون من تلقاء نفسه ام يتوجب على

73- زروتي الطيب ،القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية ،المرجع السابق ،ص 231.

الخصوم اثبات و تقديم الدليل حول مضمونه؟ وكيف يتم تفسير هذا القانون هل وفقا لقانون الدولة الشارعة له أم وفقا لقانون القاضي؟ وفي حالة حصول خطأ في تفسير هذا القانون, هل للمحكمة العليا دور في الرقابة على صحة تطبيق وتفسير هذا القانون الاجنبي ؟

هذه اهم العناصر التى سنتطرق اليها في هذا الفصل حيث سنقوم بمعالجة هذه العناصر وفق مبحثين اساسيين و هما : **(المبحث الاول)** مدى الزامية القاضي في البحث عن القانون الاجنبي وسنذكر فيه الفقه الرافض و المؤيد لهذا الالتزام وكذا القضاء الرافض و المؤيد للالتزام مع ذكر موقف المشرع الجزائري اما **(المبحث الثاني)** تحت عنوان اثبات و تفسير القانون الاجنبي.

المبحث الاول

مدى الزامية القاضي في البحث عن القانون الاجنبي

عندما يعرض نزاع ما امام القاضي الوطني وكان ذلك النزاع وطنيا ،فهنا لا توجد مشاكل فالقاضي يطبق تلقائيا قانونه الوطني ، الذي سنه المشرع الذي يزاول فيه القاضي مهنة القضاء بحيث تكون قواعد ذلك القانون آمرة و يجد نفسه ملزم بتطبيقها ، لان القانون الوطني يستمد قوته الالزامية من التشريع و الدستور اعلى سلطة تشريعية .

اما بالنسبة لنزاع المشتمل على العنصر الاجنبي فهنا نخرج عن نطاق القانون الوطني ، ونطبق القانون المشار اليه من طرف قواعد الاسناد باعتباره الأكثر ملائمة والأوثق صلة بهذا النزاع ، ولقد اختلف الفقهاء والقضاة في دور القاضي في مجال البحث عن مضمون القانون الاجنبي الذي يستمد قوته من قواعد الاسناد وعلى ذلك نتساءل هل القاضي الوطني ملزم بالبحث في مضمون القانون الاجنبي الذي اشارت اليه قاعدة الاسناد الوطنية ام لا ؟ ،علما ان القاضي الوطني لا يكون ملزما إلا امام قانونه الوطني.

فهناك نظم تمنع القاضي من البحث عن مضمون القانون الاجنبي وذلك عن طريق استظهار الاتجاه الفقهي الرافض للالتزام وعلى رأسهم الفقه الانجلوسكسوني والفرنسي وموقف القضاء الفرنسي **(المطلب الاول)** ،بينما نظم اخرى تلزم القاضي الوطني بالبحث في مضمون القانون الاجنبي وسنقوم باستظهار الاتجاه الفقهي المؤيد للالتزام موقف الفقه والقضاء الالماني والايطالي وكذا موقف القانون الجزائري من الالتزام **(لمطلب الثاني)** .

المطلب الأول

القاضي غير ملزم بالبحث عن مضمون القانون الاجنبي

لقد اقر جانب من الفقه و القضاء ان القاضي الوطني غير ملزما بالبحث في مضمون القانون الاجنبي ، باعتبار انه صادر من سلطة تشريعية اجنبية والقاضي الوطني لا يخضع إلا لأوامر مشرعه، وهذا الجانب ايضا هم الذين اخذو بالطبيعة الواقعية للقانون الاجنبي ، بحيث اعتبروه عنصر من عناصر الدعوى وليس له صفة القانون .

لذا في سياق الحديث عن هذا الموضوع يفرض علينا، الإشارة إلى الفقه الرافض لالتزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الاجنبي و يسود هذا الاتجاه في فرنسا و الدول الإنجلوسكسوني، **(الفرع الأول)**،و نستعرض ايضا القضاء الرافض لالتزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الاجنبي ومن بينهم القضاء الفرنسي**(الفرع الثاني)** .

الفرع الاول

الفقه الرافض للالتزام القاضي بالبحث في مضمون القانون الاجنبي

وفقا لهذا الاتجاه الفقهي فإن القاضي الوطني غير ملزم بالبحث عن مضمون القانون الاجنبي ، وهذا الاتجاه بدورهم ينقسمون إلى اتجاهين يختلفان في رأيهم ، فالأول يمنع على القاضي البحث في مضمون القانون الاجنبي من تلقاء نفسه ، أما الثاني فيرى بأنه يجوز للقاضي البحث عن مضمون القانون الاجنبي من تلقاء نفسه لكنه غير ملزم بذلك.

أولا –القاضي غير ملزم بالبحث في مضمون القانون الاجنبي من تلقاء نفسه

إن الفقه التقليدي الذي انتشر في النظام الانجلوسكسوني ، يرى أن القاضي الوطني غير ملزم بالبحث في مضمون القانون الاجنبي إلا إذا تمسك به الخصوم [74]، ولقد برر هذا الاتجاه مسلكه على أساس قاعدة احتياطية افتراضية ، تقول بوجود توافق مبدئي بين أحكام القانون الاجنبي المختص وأحكام القانون الوطني ، ومادام الحل كذلك فان القاضي الوطني غير ملزم بتطبيق القانون الاجنبي من تلقاء نفسه[75] ، ومنع عناء البحث عن مضمون القانون الاجنبي باعتباره مطابق للقانون الوطني وهذا يسود في النظام القانوني الانجلوسكسوني، ومع ذلك فإذا أراد الخصوم تطبيق أحكام القانون الاجنبي وجب عليهم اقامة الدليل على اختلاف احكام القانون الاجنبي عن أحكام قانون القاضي ، منه يقع عبئ الاثبات على عاتق الخصوم[76] .

لقد انتقد هذا الجانب الفقهي على أساس أن التطابق بين أحكام القانون الاجنبي وأحكام القانون الوطني هو افتراض مصطنع لا اساس له من الواقع ، وذلك نظرا لاختلاف قوانين الدول فيما بينها .

ثانيا– القاضي يمكن له البحث عن مضمون القانون الاجنبي

منذ أواخر القرن 19 استقر القضاء في فرنسا على إلقاء عبء إثبات القانون الأجنبي على عاتق الخصم الذي يتمسك بتطبيق أحكامه، وقد قام جانب من الفقه بتبرير موقف القضاء الفرنسي على أساس أن تكليف القاضي بتطبيق قوانين العالم كافة يعد تكليفا

[74]– سعيد يوسف البستاني، ، المرجع السابق، ص 202.

[75]– فضيل نادية ،المرجع السابق ، ص 9 .

[76]– احمد عبد الكريم سلامة ،المرجع السابق ،ص 507.

مستحيلا لأن الاعتبارات العملية وحدها هي التي تبرر اتجاه القضاء الفرنسي في تكليف الخصوم بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي[77].

يتبنى هذا الفقه التقليدي الفرنسي[78] ،مفاده القاضي الوطني يجوز له البحث عن مضمون القانون الاجنبي ولكنه غير ملزم بذلك ،باعتبار ان قواعد الاسناد التي اشارت الى تطبيق هذا القانون الاخير لا تتعلق بالنظام العام .

يترتب على هذا المبدأ نتيجتين هامتين وهما [79] :

1-عدم جواز تمسك الخصوم بإعمال قاعدة الإسناد لأول مرة أمام المحكمة العليا ، حيث يعتبر التمسك بإعمال قواعد الإسناد من قبيل أوجه دفاع جديدة.

2- إعمال قواعد الإسناد هو مجرد رخصة للقاضي وليس التزاما في عاتقه ، لذلك فلا رقابة عليه ولا نعي عليه في إهماله لإعمال لقاعدة الإسناد تلقائيا

الفرع الثاني

القضاء الرافض للالتزام القاضي بالبحث في مضمون القانون الاجنبي

لقد اعتمد القضاء في عدة دول العالم على الرأي الرافض لالتزام القاضي في البحث عن القانون الاجنبي ، ومن بينهم نجد القضاء الانجليزي و القضاء الفرنسي .

القضاء الانجليزي يمنع القاضي من البحث التلقائي عن مضمون القانون الاجنبي ، بينما القضاء الفرنسي تردد كثيرا في اتخاذ موقف ثابت في مسالة التزام القاضي ، لكن بعد

77 -غيو اسامة ،اثبات القانون الأجنبي ،مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ،المدرسة العليا للقضاء ،الجزائر ،2009،ص 15.

78- BATIFFOL Henri, op, cit, p 382.

79 -LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, op.cit. ,294.

ذلك استقر على القول ان التزام القاضي بالبحث في مضمون القانون الاجنبي يقصر فقط في الحقوق غير القابلة للتصرف .

على اثر ذلك ارتأينا الى تقسيم هذا الفرع الى عنوانين حيث سنتحدث عن موقف القضاء الانجليزي من الالتزام حيث انه يمنع على القاضي البحث التلقائي في مضمون القانون الاجنبي**(اولا)** ، وسنتطرق ايضا الى موقف القضاء الفرنسي من الالتزام بحيث يمنع على القاضي البحث التلقائي في مضمون القانون الاجنبي إلا فيما يخص الحقوق غير قابلة لتصرف **(ثانيا)**.

أولا – القضاء الانجليزي يمنع البحث التلقائي في مضمون القانون الاجنبي

يلزم النظام الانجليزي القاضي من الناحية النظرية بتطبيق قاعدة الإسناد إلا أنه في آن واحد يفترض أن القانون الأجنبي الذي تشير إليه هذه القاعدة مطابق لمضمون القانون الإنجليزي[80].

لقد ذهب القضاء الإنجليزي أيضا إلى ضرورة قيام الخصوم بإثبات مضمون القانون الأجنبي في كل مرة يدعى فيها مخالفته لمضمون القانون الانجليزي ،وذلك حتى لو كان قد سبق له إقامة الدليل على مضمون هذا القانون في نزاع سابق.

كذلك ذهبت بعض الأحكام إلى الاعتداد بما يجمع الخصوم على أنه حكم القانون الأجنبي، فإذا تم اتفاق بين الخصوم على مضمون القانون الأجنبي قبلت المحكمة الأخذ بهذا المضمون[81] و ذلك على اعتبار أنه صار واقعة غير متنازعا عليها.

80 – فضيل نادية ، المرجع السابق، ص 35.

81– المرجع نفسه ، ص 36.

إذا لم يتمكن الأطراف من إثبات مضمون القانون الأجنبي ففي هذه الحالة المحكمة تطبق القانون الإنجليزي على النزاع استنادا إلى القرينة التي تبناها النظام الإنجليزي في هذا المجال ، و هي أن مضمون القانون الأجنبي يعد مماثلا أو مشابها للقانون الإنجليزي طالما لم يلتزم الخصوم بتقديم الدليل على عكس ذلك ، فالقاضي الإنجليزي يطبق القانون الأجنبي الذي أشارت باختصاصه قاعدة الإسناد ، وهذا من تلقاء نفسه مفترضا تشابه أحكامه مع أحكام القانون الوطني.

ثانيا – القضاء الفرنسي يقصر الالزام في الحقوق غير القابلة للتصرف

ان القضاء الفرنسي تبنى عدة مواقف [82]،حيث ان محكمة النقض الفرنسية عرفت تغيرا كثيرة في موقفها، فلقد تأثرت بالفقه التقليدي الفرنسي ، وإستقرت في الاخير على القول بان التزام القاضي في البحث عن مضمون القانون الأجنبي ، يقتصر فقط في الحقوق غير القابلة لتصرف ،وسندرس كل هذا بالتفصيل في العنصرين المواليين .

1- قاعدة الإسناد غير ملزمة حين تشير باختصاص قانون أجنبي

لقد اتجه القضاء الفرنسي في بداية الامر الى تقرير عدم التزام القاضي الوطني بتطبيق القانون الاجنبي من تلقاء نفسه ، بحيث لم تكن محكمة النقض الفرنسية تلزم قضاة الموضوع بإعمال قاعدة التنازع وقضت في قرارها الصادر بتاريخ 12 ماي 1959 في قضية الزوجين **بيسبال Bisbal** بأن قاعدة التنازع ليست ملزمة بالنسبة للقاضي المعروض أمامه النزاع ، وليست بالتالي من النظام العام.

تتلخص وقائع هذه القضية في أن الزوجين بيسبال Bisbal ،كانا يحملان معا الجنسية الإسبانية (جنسية مشتركة)، ووضعا في حالة انفصال جسماني طبقا للقانون

82-BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul : Op.cit., p. 534

الإسباني الذي كان يمنع آنذاك تحويل الانفصال الجسماني إلى طلاق، وبعدها انتقلا إلى فرنسا واتخذوها محلا لإقامتهم ،و قامت الزوجة بعد انقضاء 3 سنوات بتقديم طلب أمام القضاء الفرنسي تطلب فيه تحويل هذا الانفصال الجسماني إلى طلاق طبقا للقانون الفرنسي وأمام سكوت الزوج وعدم تمسكه بتطبيق القانون الإسباني باعتباره قانون الجنسية المشتركة ، فإن قضاة الموضوع الفرنسيون استجابوا لطلب الزوجة ، فطعن الزوج أمام محكمة النقض وحجته في ذلك ، أن قضاة الموضوع قد خرقوا قاعدة التنازع الفرنسية ، وبعبارة أخرى أخطئوا في تطبيق القانون الوطني[83] .

لقد أجابت محكمة النقض الفرنسية بأن :" قواعد التنازع في القانون الفرنسي ، عندما تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي ليست من النظام العام " .

نستنتج من محكمة النقض الفرنسية امرين وهما ان قواعد النزاع تعتبر من النظام العام اذا اشارت الى تطبيق القانون الفرنسي ، وليست من النظام العام اذا كان القانون الذي اشارت اذا تحدد القانون الواجب التطبيق بقانون أجنبي ،فهنا القاضي لا يلتزم بإعمال القانون الاجنبي من تلقاء نفسه ،بل يتعين على ذوي الشأن التمسك امام القاضي بتطبيق القانون الاجنبي[84].

لقد تراجعت محكمة النقض الفرنسية عن موقفها التقليدي ، و بدأت تتجه مؤخرا إلى التخفيف من هذا المبدأ المطلق ، وأصبحت تساير الاتجاه الفقهي الحديث (الذي يقر بأن القاضي ملزم بتطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة التنازع بدون حاجة إلى تمسك

83 –Arrêt Bisbal : Cour de cassation, première chambre civil ,12mai 1959: " que les règles Français de conflit de lois, entant du moins qu'elles prescrivent l'application d'une loi Étrangère, n'ont pas un caractère d'ordre public, en ce sens qu'il appartient aux parties D'en réclamer l'application, et qu'on ne peut reprocher aux juges du fond de ne pas Appliquer d'office la loi étrangère". BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul : Op.cit., p. 531.

84 –اشرف وفا محمد ،المبادئ العامة في تنازع القوانين في القانون المقارن ،بدون دار النشر ،جامعة القاهرة ، 2003.

الخصوم بذلك) ،وأجازت للقاضي البحث عن مضمون القانون الأجنبي وبالرغم من استمرار القضاء من إعفاء القاضي من عبء البحث عن مضمون القانون الأجنبي و إلقاء عبء إثباته على الخصوم ، فقد اتجه في مرحلة أولى إلى عدم قيد حرية القاضي في هذا الصدد و سمح له إن أراد ، بتطبيق القانون ألأجنبي و الكشف عنه من تلقاء نفسه ، و هذا حتى لو لم يتمسك الخصوم بأحكامه. و قد أقرت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ صراحة في حكمها الصادر في 02 مارس 1960 في قضية **chinony** حينما صرحت بأنه يصوغ لقاضي الموضوع أن يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه بالرغم من عدم تمسك الخصوم بأحكام ، و بالرغم من عدم تعلق هذه الأحكام بالنظام العام، كما أنه يجوز له أن يبحث من تلقاء نفسه عن مضمون القانون الأجنبي و التعرف على أحكامه[85].

نلاحظ من اللقرارين السابقين ، فيما يخص إعمال قاعدة التنازع من طرف القاضي الفرنسي أن في القرار الاول(**Bisbal**) اقرت محكمة النقض الفرنسية على الزام القاضي الفرنسي بالأخذ بقاعدة الاسناد باختلاف النتائج التي تؤدي اليها هذه الاخيرة وهي على النحو التالي :

1- اذا كانت قاعدة الاسناد تؤدي الى تطبيق القانون الفرنسي فهنا القاضي الفرنسي مجبر على الاخذ بقاعدة الاسناد الوطنية

2- اذا ادت قاعدة الاسناد الى تطبيق قانون اجنبي فهنا القاضي غير ملزم بتطبيقها ، الا اذا تمسك بها الاطراف .

أما في القرار الثاني المتعلق بقضية (**chimony**) فأجازت محكمة النقض لقاضي الموضوع البحث وتحديد مضمون القانون الأجنبي ، دون أن يكون ملزما بذلك وإنما يمكنه القيام به، حيث جعلت الأمر اختياريا و جوازيا.

85- فضيل نادية ،المرجع السابق، ص 42.

2- الالزام في جميع الحالات

لقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية ، إلى أبعد من ذلك حيث قضت بالتطبيق التلقائي للقانون الأجنبي بدون تمسك الخصوم بذلك حسب ما جاء في القرارين ، القرار الاول **ربوح (Rebouh–Bennour)**الصادر في 11 أكتوبر 1988 والقرار الثاني **Schule Philippe** الصادر بتاريخ 18 أكتوبر 1988 [86].

ان القرار الاول يتعلق *بقضية* **Rebouh–Bennour** هي دعوى إثبات نسب ابن طبيعي مرفوعة من سيدة جزائرية ضد زوجها ، وقد قضى القرار بأن الحكم محل الطعن الذي قضى بحرمان الأم الجزائرية من حقها في إثبات نسب ابنها الطبيعي طبقا للقانون الفرنسي ، ودون أن يفحص القاضي الفرنسي تلقائيا مصير هذه الدعوى طبقا للقانون الجزائري بوصفه قانون جنسية الام ، وحيث أن المواد 311 و 314 من القانون المدني الفرنسي تشير باختصاص القانون الجزائري .

القرار الثاني المتعلق بقضية **(Schule –Philippe)** يتعلق بقضية بأن إبطال هبة مستترة قام بها المتوفى المقيم بسويسرا بتطبيق قواعد القانون الفرنسي ، دون البحث عن الحل الذي يقدمه القانون السويسري ، ولأنه وفقا لمبادئ القانون الدولي الخاص فإن التصرفات التبرعية فيما بين الأحياء تخضع للقانون الذي يحكم التركة ، وحيث أن القانون الذي يحكم تركة المنقول هو قانون الموطن الأخير للمتوفى خاصة بالنسبة للقواعد التي تحمي الورثة والمحددة لحصصهم.

86–Cour de cassation, première chambre civil, 11 octobre 1988 – Cour de cassation, première chambre civil 18 octobre 1988, Voir DERRUPPÉ Jean, Op.cit., p.101.

حيث قضت محكمة النقض الفرنسية ان قضاة محكمة الاستئناف قد اخرقوا نص المادة 16 الفقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي[87]، التي تلزم القاضي بالبحث في ملف الدعوى وإلزامه بالمبادئ الإجرائية التى تقوم عليه.

لقد اعترفت محكم النقض الفرنسية ،بقبول التطبيق التلقائي للقانون الواجب التطبيق في القرارين السابقين 11 و 18 اكتوبر 1988 ،اذ عاملت القانون الاجنبي معاملة القانون ونقضت القرار على اساس أ ان قضاة الموضوع لم يطبقوا القانون الذي اشارت اليه قاعدة التنازع الفرنسية ،لان الخصوم لم يتمسكوا بتطبيقه ،واعتبرت ذلك خرقا لقواعد المرافعات التى تلزم القاضي الفرنسي بالفصل في النزاع المعروض امامه وفقا لما تقضي به قواعد القانون الواجب التطبيق ، استنادا لنص المادة 12 الفقرة 1 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي[88] تلزم القاضي بأن يفصل في النزاع المعروض عليه وفقا للقواعد القانونية الواجبة التطبيق .

نستنتج من هذا القرارين ان محكمة النقض الفرنسية الزمت القاضي الفرنسي بتطبيق قاعدة الاسناد حتى ولو أدت الى تطبيق قانون اجنبي.

غير أن محكمة النقض الفرنسية لم تثبت على هذا الاجتهاد و تراجعت عنه في قرارات لاحقه إذ قررت في حكم لها صادر بتاريخ 1990/12/04 [89] وميزت في هذا القرار بين نوعين من الحقوق :

1 –الحقوق التي لا يمكن التصرف فيها : وهي المتعلقة بالأحوال الشخصية فهنا

87–L'arIticle. 16/1 de code procédure civile Français: " Le juge doit, en toutes circonstances faire observer et observer lui–même le principe de la contradiction". voir le site web http://www.droit.org

88–L'arIticle 12/ 01 du nouveau code de procédure civile Français qui dispose :"le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicable" . voir le site web http://www.droit.org

89– DERRUPPÉ Jean Op.cit, p.103

القاضي ملزم بالأخذ بقاعدة الاسناد حتى ولو ادت الى تطبيق القانون الاجنبي .

2- الحقوق التى يمتلك حرية التصرف فيها كالالتزامات التعاقدية : فهنا نفرق بين نوعين من قواعد الاسناد

أ- قاعدة الاسناد التي نص عليها المشرع فهنا القاضي له حرية الاختيار في تطبيقها

ب -قاعدة الاسناد ذات المنشأ التعاقدي كالمعاهدات و الاتفاقيات الدولية فهنا القاضي ملزم بتطبيقها ، اذا لم يتفق لأطراف على قانون الارادة .

اما في حكم اخر صادر بتاريخ 26 ماي 1999 [90]فمحكمة النقض الفرنسية ضيقت من نطاق هذه القاعدة و قضت بأنه حتى و لو كانت قاعدة النزاع ذات مصدر اتفاقي فإن القاضي يمكنه ألا يطبقها تلقائيا إذا لم يتمسك الخصوم بها ، اذن القاضي غير ملزم بتطبيق قاعدة الاسناد من تلقاء نفسه(القانون الاجنبي) , إلا في حالة ما اذا تمسك الاطراف بها , لكن باستثناء الاحوال الشخصية فهو ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد حتى ولو لم يتمسك الاطراف بها , لأنها تعتبر من مسائل القانون وليس من مسائل الواقع وهي حساسة , لان لكل دولة خصوصياتها في هذه المسائل , لذلك وجب ان يطبق فيها القانون الاجنبي.

في الاخير يمكن لنا القول ان موقف محكمة النقض الفرنسية ، قد استقر على الأقل في الوقت الحالي حيث قضت بان القاضي الفرنسي يكون ملزما بإعمال قاعدة الاسناد و البحث عن مضمون القانون الاجنبي فيما يخص الحقوق غير القابلة لتصرف بالرغم ان الحقوق التي لا تجوز للأطراف التصرف فيها تبقى غامضة و ليست محددة في جميع الحالات ومن امثلتها نجد المسائل المتعلقة بحقوق الاسرة .

90- DERRUPPÉ Jean Op.cit, p105.

أما بالنسبة للحقوق التي يملك الأطراف مطلق الحرية في التصرف فيها، فالقاضي ليس ملزما بتطبيق قاعدة التنازع و بالتالي فهو ليس ملزم بالبحث في مضمون القانون الاجنبي وبإثباته مضمون القانون الأجنبي .

المطلب الثاني

القاضي ملزم بالبحث عن مضمون القانون الاجنبي

حسب النظريات الفقهية الحديثة ،يعتبر القاضي ملزما دائما بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه ،حتى لو لم يتمسك بها الخصوم ،حيث ان تطبيق القاضي الوطني الفانون الاجنبي دون الزامه يعد تجاهلا لحكم التشريع الذي يملي على القاضي أن يتصدى بنفسه للكشف عن مضمون القانون الأجنبي تمهيدا لتطبيقه على وقائع الدعوى ، كما يصطدم أيضا بطبيعة دور القاضي في الدعوى و التزامه بأن يحكم وفقا للقواعد التي تحكم النزاع حتى لو لم يطلب الخصوم تطبيقها.

فضلا عن ذلك ، فإن المبرر العملي الذي استند إليه القضاء من أجل إعفاء القاضي من الالتزام بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي ، وذلك لأن القاضي لا يمكنه أن يكون عالما بجميع القوانين في العالم ،لم يعد له أساس بعد انتشار العلم بالقوانين الأجنبية وازدياد المراجع التي يمكن الانتفاع بها ، والتطور الكبير الحاصل في مجال الاتصال ، وكذا الاتفاقيات الدولية الرامية إلى إرساء التعاون القضائي الدولي ، الأمر الذي يتيح للقاضي الاطلاع على أي قانون في العالم دون عناء كبير[91]، ومنه يمكن القول ان القاضي الوطني ملزما بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي من تلقاء نفسه و دون حاجة لأن يتمسك ذوو الشأن بذلك .

91 - ممدوح عبد الكريم حافض عرموش، ، القانون الدولي الخاص الاردني و المقارن ، تنازع القوانين الاختصاص القضائي الدولي ،تنفيذ الاحكام الاجنبية ،مكتبة دار الثقافة ،عمان ،1998 ، ص 223

لقد أخذت كثير من التشريعات و الأنظمة في العالم بهذا الاتجاه الفقهي الحديث نذكر منها النظام الألماني ، الإيطالي ، الهولندي.

في صدد هذا الموضوع سنقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع حيث سنتناول في الموقف الفقهي الحديث الذي الزم القاضي بالبحث في مضمون القانون الاجنبي ونتطرق الى ذكر موقف الفقه الالماني والايطالى(**الفرع الاول)** ، سندرس الموقف القضائي نذكر القضاء الالماني و القضاء الايطالي **(الفرع الثاني)** ، موقف القانون الجزائري من الالتزام، وذلك عن طريق استظهار موقف المشرع وموقف المحكمة العليا (**الفرع الثالث).**

الفرع الاول

الفقه المؤيد للالتزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الاجنبي

يذهب الفقه الحديث الى معارضة الفقه التقليدي الذي يعامل القانون الاجنبي معاملة الواقع الى افتراض علم القاضي بالقانون الاجنبي ، فالفقه الحديث يرى ان قواعد الاسناد كغيرها من قواعد القانون الوطني فهي ملزمة بغض النظر عن مصدرها وغايتها ،ولقد ذهب ايضا بعض الفقه الى القول بان التزام القاضي بتطبيق القانون الاجنبي يستجيب للهدف الذي يسعى اليه القانون الدولي الخاص عموما وهو تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية[92] ، وهذا يعتبر مظهر من أحد مظاهر السيادة ، وعلى ذلك فالقاضي ملزم بالبحث في مضمون القانون الاجنبي لان التزامه في هذا امر تمليه القواعد العامة في قانون المرافعات و التي تقضي بان يطبق القاضي قواعد القانون على وقائع الدعوى دون الحاجة الى تمسك الخصوم بأحكامه او الكشف عن مضمونه[93].

92 –عوض الله شيبة الحمد السيد، المرجع السابق ، ص 381 .

93– سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 2009، ص 708.

من بين الاتجاهات الفقهية التى اخذت بهذا الموقف نجد الفقه الالماني الذي يقر ان القاضي ملزم بالبحث عن مضمون القانون الاجنبي الواجب التطبيق من تلقاء نفسه حتى ولو لم يتمسك الخصوم بتطبيقه وهذا سنراه **(اولا)**، سنتطرق الى موقف الفقه الايطالي من التزام القاضي بالبحث في مضمون القانون الاجنبي حيث يرى انه ملزما باعتبار ان القانون الاجنبي يندمج مع القانون الوطني **(ثانيا)**.

اولا – موقف الفقه الالماني من التزام القاضي بالبحث في مضمون القانون الاجنبي

لقد استخلص الفقه الالماني موقفه من نص المادة 293 من قانون الاجراءات الالماني السالف الذكر ، وأقروا ان القاضي يكون ملزم بتطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة التنازع بدون حاجة إلى تمسك الخصوم بذلك ما لم يفشل القاضي بعد استنفاذ مختلف الوسائل والجهود في الكشف عن محتواه ، وعليه فأن القاضي ملزم بتطبيق قواعد التنازع الوطنية الصادرة من مشرعه[94].

ثانيا –موقف الفقه الايطالي من التزام القاضي بالبحث في مضمون القانون الاجنبي

المدرسة الإيطالية الحديثة فقد تبنت ما وصل إليه الفقيه أنزلوتي Anzilotti في بداية القرن العشرين الذي اعتبر القانون الأجنبي قانونا لا واقعة، و حاول تفسير ذلك بفكرة الاستقبال و الاستيعاب[95]، ومن اثار اعتبار القانون الاجنبي قانونا نجد ان القاضي الوطني ملزم بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي واجب التطبيق ، و مساعدة الأطراف مسألة ثانوية.

94 –غيو أسامة ، المرجع السابق ، ص 20 .

95– محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص،الجنسية الموطن مركز الاجانب مادة التنازع ، الطبعة الثانية مؤسسة الثقافة الجامعية ، 1992، الإسكندرية ص 477 .

يذهب الفقه الإيطالي إلى فكرة الاندماج التام و أن القانون الأجنبي يصبح جزء من القانون الوطني ، و يعامل معاملة القانون الداخلي في كل ما يتعلق به، فيفترض علم القاضي به، و يقوم بتطبيقه حتى دون تمسك الأطراف به ، و يحق لمحكمة النقض أن تبسط ولايتها التامة في إثباته و تفسيره[96].

الفرع الثاني

القضاء المؤيد للالتزام القاضي بالبحث في مضمون القانون الاجنبي

لقد اتفق القضاء في العديد من دول العالم على اعتبار قواعد التنازع قواعد ملزمة، بحيث يقع على عاتق القاضي إعمالها تلقائيا وفي كل الأحوال متى توافرت شروط إعمالها، ومن أهم مؤيدي هذا الاتجاه نجدالقضاء الألماني،الذي ينظر إلى مسألة تطبيق القانون الأجنبي على أنها مسألة قانون وليست مسألة واقع لذا فهو يلزم القاضي الألماني بتطبيق قواعد الإسناد تلقائيا، لكونها قواعد آمرة يجب عليه تطبيقها ليس فقط عندما يطلب الخصوم ذلك إنما في كل حالة تشير فيها إلى تطبيق قانون ما(**اولا)** وموقف القضاء النمساوي الذي أيد بدوره التزام القاضي بالبحث في مضمون القانون الاجنبي(**ثانيا)** ،سنتحدث عن موقف القضاء المصري من الالتزام حيث في بادئ الامر اقرت محكمة النقض المصرية ان القاصي غير ملزم بالبحث عن مضمون القانون الاجنبي ولكن بعد ذلك تراجعت عن قرارها وأقرت ان القاضي ملزم بذلك(**ثالثا)** .

اولا –موقف القضاء الايطالي من التزام القاضي بالبحث في مضمون القانون الاجنبي

لقد كانت محكمة النقض الايطالية اول من اعتنقت الاتجاه نحو الزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الاجنبي مستخدما كافة الوسائل المتاحة به ، بما في ذلك طلب معاونة الخصوم .

96 – ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق ، ص 220 .

ان القضاء الإيطالي الحديث يلزم القاضي بتطبيق قواعد الإسناد من تلقائى نفسه بعدما كانت محكمة النقض الايطالية تلزم القاضي بالبحث عن مضمون القانون الاجنبي في حالة علم القاضي بمضمونه ولكن بعدها اصدرت محكمة النقض الإيطالية قرارا صادرا في 16 فيفري 1966 يقر أن مبدأ علم القاضي بالقانون يفرض عليه تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ، أما معاونة الخصوم فهي مسألة ثانوية[97] .

ثانيا – موقف القضاء الالماني من التزام القاضي بالبحث في مضمون القانون الاجنبي

ان التحري عن مضمون القانون الأجنبي من صلاحيات القاضي ، وهو ملزم به من تلقاء نفسه ، ولا يمكن له أن يتنحى عن الفصل في النزاع بمجرد عجز الخصوم عن إثباته وعليه أن يفصل في الدعوى حتى وإن اقتضى منه ذلك طلب يد المساعدة من طرف الخصوم.

ان المادة 293 من قانون الاجراءات الالماني تقر ان :القواعد العرفية والقواعد النظامية ،وكذلك القانون في دولة القاضي ليست في حاجة الى اثبات إلا في حدود عدم علم المحكمة بها ، وتلزم المحكمة في تحديد مضمون هذه القواعد القانونية بما قام الخصوم ببيانه وإنما لها ان تلجا الى كافة وسائل العلم وان تأمر بما تراه ضروريا لمعرفة هذا الهدف.

من هنا نستنتج انه يحق للقاضي ان يطلب من الخصوم تطبيق القانون الالماني كما يحق له ان يطلب مساعدتهم من اجل التوصل الى احكام القانون الاجنبي اذا ما تعذر عليه الكشف على هذا المضمون ، ولكن ذلك لا يعني ان عبئ اثبات القانون الاجنبي يقع على عاتق الخصوم بل القاضي هو الملزم بالبحث عن مضمون القانون الاجنبي ،ودور الخصوم فقط يكون بتقديم المساعدة [98].

97 – فضيل نادية ، المرجع السابق، ص 40 .

98– المرجع نفسه ،ص 39 .

ثالثا –موقف القضاء المصري من التزام القاضي بالبحث في مضمون القانون الاجنبي

ان القضاء المصري[99] كان يتجه في السابق إلى أن البحث في مضمون القانون الأجنبي يكون حق للقاضي والتزام على عاتق الخصوم ، وبرر موقفه في حكم صادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 07 جوان 1955 .

لقد تراجع القضاء المصري عن موقفه السابق بسبب تأثره بالتطورات الحديثة التى شهدها القضاء الفرنسي ، بحيث أصبح القاضي يطبق القانون الأجنبي بصفة اختيارية ، ولا يمنع من أن يستعين بالخصوم من أجل مساعدته وذلك على اساس الحكم الصادر عن محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 6 فيفري 1984 [100] .

منه نستنتج ان القضاء المصري يتبنى الرأي القائل ، بان البحث عن مضمون القانون الأجنبي التزام يقع على القاضي بمساعدة الخصوم ،ويكون ملزما بتطبيقه إذا علم بمضمونه.

الفرع الثالث

موقف القانون الجزائري من التزام القاضي بالبحث في مضمون القانون الاجنبي

ان القانون المدني الجزائري لم ينص صراحة على مسالة التزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الاجنبي ، ولكن سبقت لنا الاشارة الى ان المشرع الجزائري اعتبر القانون الاجنبي مسالة قانون و يترتب على ذلك أنه متى رفع نزاع أمام القاضي الجزائري مشتملا عل عنصر اجنبي وأعطي الاختصاص لقانون أجنبي فهنا، القاضي الوطني ملزما بالبحث عن مضمون هذا القانون .

99– هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الكتاب الثاني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ،2000،ص 169 و170 .

100 –هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003 ،ص 160.

وعلى إثر ذلك ارتأينا الى تقسيم هذا الفرع على النحو التالي : التشريع الجزائري يؤكد الالتزام عن طريق تحليل المواد القانونية التي صاغها المشرع الجزائري(**اولا**) ، المحكمة العليا تؤكد الالتزام وذلك عن طريق استظهار قرار من قرارات المحكمة العليا التى تؤكد التزام القاضي بالبحث في مضمون القانون الاجنبي (**ثانيا**).

أولا –تأكيد المشرع الجزائري لالتزام القاضي بالبحث في مضمون القانون الاجنبي .

ان القانون الاجنبي يستمد قوته الالزامية من قواعد الاسناد الوطنية وعند الاطلاع على مواد القانون المدني الجزائري لا نجد نصا صريحا ينص على التزام القاضي بتطبيق قواعد الاسناد من تلقاء نفسه او من عدمه ، ولكن تأملنا المواد 9 10 12 16 17 22 من القانون المدني الجزائري المتعلقة بقواعد التنازع نجد ان المشرع قد استعمل العبارات التالية يكون"،" يسرى"،" يطبق"،" تخضع...الخ ، فهذه العبارات توحي لنا توحي بأن قواعد الإسناد قواعد آمرة يطبقها القاضي تلقائيا دون حاجة إلى تمسك الاطراف بها ، لكن يبقى هذا غير كافي للقطع بأن المشرع قد أخذ بإلزامية قاعدة الإسناد[101].

إن القانون الجزائري لم يورد نص قانوني صريح يحدد الحالات التي تكون فيها قواعد الاسناد التي تشير الى تطبيق القانون الاجنبي ملزمة على القاضي فنص المادة 29[102]من قانون الاجراءات المدنية والإدارية ،والتي توحي لنا انه في حالة ما اذا كان النزاع وطنيا ،فيجب على القاضي أن يطبق عليه القواعد الموضوعية المناسبة والمتصلة به،اما اذا كان النزاع اجنبيا فهنا القاضي ملزما بتطبيق قواعد التنازع الوطنية لأنها تعتبر الانسب لحل ذلك النزاع ،وعليه فالقاضي ملزم بإعمال قواعد الاسناد من تلقاء نفسه.

101– قتال حمزة ،المرجع السابق ،ص 32 .

102 –نص المادة 29 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية ..."يفصل في النزاع وفقا للقواعد القانونية المطبقة عليه"

وفقا ايضا للمادة 23 مكرر 2 من القانون المدني الجزائري فالمشرع الجزائري يعتبر المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص مصدرا رسميا لتنازع القوانين ، فعليه فالقاضي الجزائري ملزم بالتطبيق التلقائي لقواعد الاسناد الوطنية كلما وجد نفسه امام علاقة قانونية مشتملة على عنصر اجنبي سواء من حيث الموضوع او الاطراف .

ثانيا –موقف الفقه الجزائري من التزام القاضي بالبحث في مضمون القانون الاجنبي .

إن الفقه الغالب يرى أن القاضي الجزائري ملزما بتطبيق قواعد الاسناد من تلقاء نفسه كلما كان النزاع مشتملا على عنصر أجنبي بحيث ترى الدكتورة فضيل نادية أن القاضي الوطني ملزم بتطبيق قواعد الاسناد بشكل تلقائي ،كلما اشتملت العلاقة محل النزاع على عنصر اجنبي ،لان قاعدة الاسناد تعد جزءا من النظام القانوني في دولة القاضي ، وفي تطبيقها تحقيقا لأنسب القوانين و اكثرها صلة لحكم العلاقة محل النزاع ،وسواء اشارت الى تطبيق القانون الوطني او الى تطبيق قانون اجنبي ، وبذلك يتحقق التناسق بين مختلف الانظمة القانونية[103].

كما يرى الاستاذ زروتي الطيب "أن القاضي مدعو لتطبيق قواعد الإسناد من تلقاء نفسه إذا توافرت شروط إعماله "[104] .

يرى أيضا الاستاذ بلعيور عبد الكريم أن المشرع الجزائري أخذ بالرأي القائل بان القاضي الوطني ملزم بتطبيق قواعد الاسناد من تلقاء نفسه حتى ولو لم يتمسك الخصوم بقواعد القانون الاجنبي [105].

103– فضيل نادية ، المرجع السابق ، ص 17 .

104– زروتي الطيب ،القانون الدولي الخاص الجزائري ،المرجع السابق ، ص 237.

105– بلعيور عبد الكريم ، المرجع السابق ، ،ص 159.

نحن بدورنا نرى ان اغلبية الفقه الجزائري يقرون أن مسالة اعمال قاعدة الاسناد مسالة قانون ويخضع القاضي عند تطبيق القانون الاجنبي لرقابة المحكمه في المسائل المتعلقة فقط بالأحوال الشخصية ، ويكون التزاما يقع على عاتق القاضي الجزائري بغض النظر ما اذا تمسك الخصوم بتطبيق القانون الاجنبي ام لم يتمسك به .

ثالثا– تأكيد المحكمة العليا لالتزام القاضي بالبحث في مضمون القانون الاجنبي

لقد اصدرت المحكمة العليا عدة قرارات تؤكد فيها التزام القاضي بإعمال قواعد الاسناد الوطنية من تلقاء نفسه ومن بين تلك القرارات نجد القرار المتعلق بآثار الزواج الصادر في 1998/02/17 ملف 6170082 [106] .

تدور وقائع هذا القرار بزواج جزائرية بايطاليا ، وبعدها طلقها بموجب حكم صادر عن محكمة مراد رايس بتاريخ 14 جويلية 1996 ، الذي قضى بالطلاق بين الزوجين بسعي من الزوج ، مع إنهاء التوابع المادية الناتجة عن زواج الطرفين ، وبأمر ضابط الحالة المدنية لبلدية مرسيليا بتسجيل هذا الطلاق بسجلات الحالة المدنية .

ولقد رفضت المحكمة العليا الوجه المثار من الطاعنة بالنقض، وأثارت تلقائيا وجها مأخوذا من مخالفة المادتين 12 و 13 فقضت بأنه: " يستخلص من القرار المطعون فيه ان موضوع النزاع يتعلق بحالة الاشخاص و التي تعتبر من النظام العام .

المادة 12 من القانون المدني نصت : على انه يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج فيما يعود منها إلى المال يسري على انحلال الزواج القانون الوطني التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى.

106–زروتي الطيب ، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، المرجع السابق ،ص124 وكذا المجلة القضائية لسنة 2000 عدد 1 ص 167 .

المادة 13 من القانون المدني نصت على انه يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان احد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا في ما يخص اهلية الزواج فهي تخضع لقانون جنسية كلا الزوجين .

الطاعنة لها الجنسية الجزائرية مادام لم يصدر بشأنها مرسوم نزع جنسيتها الأصلية بعد حصولها على الجنسية الإيطالية.

حيث كان على القاضي الأول تطبيق القانون الجزائري وفقا للمادة 13 من القانون المدني عوض القانون الايطالي كما هو وارد في الحكم المطعون فيه ولما كان ذلك فانه يكون قد خالف القانون واخطأ في تطبيقه مما يتعين نقضه " .

نستخلص من هذا القرار ملاحظتين[107] :

الملاحظة الأولى هي قضاؤه بأن الخطأ في تطبيق قاعدة الإسناد يعتبر مخالفة للقانون وخطأ في تطبيقه ، وهي قاعدة الإسناد موضوع المادة 12 الخاصة بانحلال الزواج ، وقاعدة الإسناد موضوع المادة 13 التي تقضي بسريان القانون الجزائري وحده اذا كان احد الطرفين جزائريا وقت انعقاد الزواج ومنه يسري القانون الجزائري في مسائل آثار الزواج وانحلاله لأنها حقوق تتعلق بحالة الأشخاص ، ولا يجوز لهم التصرف فيها لأنها تتعلق بالنظام العام . نستنتج أن مسألة إعمال قاعدة الإسناد مسألة قانون ويخضع القاضي في تطبيقها إلى رقابة المحكمة العليا.

الملاحظة الثانية هي أن المحكمة العليا أثارت تلقائيا الوجه المتمثل في وجوب تطبيق المادة 13 في القرار الثاني ، أي أنها أثارت تلقائيا وجوب إعمال قاعدة الإسناد ، وهذا يعني ان اعمال قاعدة الاسناد التزام على عاتق القاضي ،بغض النظر عن تمسك الخصوم بها .

107- قتال حمزة ، المرجع السابق،ص 37 .

المبحث الثاني

إثبات و تفسير القانون الاجنبي

تعد مشكلة اثبات مضمون القانون الاجنبي و تفسيره من ابرز المشاكل في القانون الدولي الخاص التي تطرق اليها الفقه والقضاء من مختلف انحاء الدول ، فعندما تشير قواعد الاسناد الوطنية في قانون القاضي الى تطبيق قانون اجنبي في النزاع المشوب بعنصر اجنبي ،قد يثير ذلك عدة امور على جانب كبير من الاهمية ،منها اثبات هذا القانون الاجنبي و كذا تفسيره عند الحاجة،لان قاضي الموضوع يجهل احكام القانون الاجنبي المختص ويتعين عليه البحث فيه ومعرفة نصوصه وتفسيره عند الحاجة ومن ثم تطبيقه ، وكل هذا لا يخلو من رقابة يكون تحت رقابة المحكمة العليا وتدخلها في حالة الخطأ في تفسير محتوى القانون الاجنبي .

سنقوم بدراسة هذه الامور مع بعض الإضافات ، وذلك عن طريق تقسيم هذا المبحث الى مطلبين حيث سنتناول موضوع اثبات القانون الاجنبي وذلك عن طريق تحديد من يقع عبه اثبات القانون الأجنبي ، ووسائل اثبات هذا القانون المختص دون نسيان التطرق الى القانون الواجب التطبيق في حالة ما لم نستطع التوصل الى اثبات هذا القانون الاجنبي الواجبي التطبيق(**المطلب الاول)** ، و سندرس ايضا موضوع تفسير ذلك القانون الاجنبي الذي اشارت اله قاعدة الاسناد ، ويكون ذلك عن طريق دراسة بعض النقاط الاساسية التي يلتزم بها القاضي الوطني في صدد تفسيره للقانون الأجنبي ، دون نسيان دور المحكمة العليا في هذا الموضوع (**المطلب الثاني**).

المطلب الاول

إثبات القانون الأجنبي

اذا اشارت قواعد التنازع في قانون القاضي الى تطبيق قواعد القانون الاجنبي ، فلا بد من القيام بإثبات هذا القانون ، يقصد بإثبات مضمون القانون الأجنبي ، إقامة الدليل على محتواه وبيان أحكامه الحقيقية ، على أساس أن القاضي تعترضه صعوبات للكشف عن وذلك من أجل حسم النزاع ، ولكن القاضي تعترضه في بعض الحالات صعوبات في اثبات محتوي و مضمون القانون الاجنبي ، وعليه فعليه على من يقع عبئ إثبات القانون الاجنبي ؟عل يقع عبئ الاثبات على عاتق قاضي الموضوع ؟ ام يكون عبء الاثبات يقع على الخصوم ؟ وسنجيب على هذا السؤال في(**الفرع الاول**)،أما في **(الفرع الثاني)** سنتطرق الى الوسائل التي يستعين بها القاضي الوطني من أجل إثبات محتوى القانون الأجنبي ، فهل هي نفس الوسائل التي يستعملها لإثبات قانونه الوطني ؟ في حالة عدم توصل القاضي الوطني لتفسير محتوى القانون الاجنبي ، فهنا ما هو القانون الواجب التطبيق على ذلك النزاع ؟ وسنجيب على هذا السؤال في(**الفرع الثالث)** .

الفرع الاول

عبئ اثبات مضمون القانون الاجنبي

يختلف عبئ اثبات القانون الاجنبي باختلاف طبيعته القانونية ، حيث اذا اعتبرنا القانون الاجنبي المختص مجرد واقعة فهنا القاضي ليس ملزم بالبحث و اثبات القانون الاجنبي من تلقاء نفسه ،بل يكون بناءا على طلب الخصوم وسندرس هذا **(اولا)**، أما إذا اعتبرنا القانون الاجنبي المختص قانونا فهنا القاضي ملزم بالبحث و اثبات القانون الاجنبي من تلقاء نفسه ، دون طلب احد الخصوم وهذا سندرسه **(ثانيا)**.

أولا – اثبات مضمون القانون الاجنبي يقع على عاتق الخصوم

إن اعتبار بعض الفقهاء والنظم القانونية القانون الاجنبي مجرد واقعة وتجريده من صفة القانون الملزم ، يترتب عليه أن قاضي الموضوع لا يلتزم بالتحري و البحث عنه وإثباته من تلقاء نفسه ، بل يقوم بذلك بناءا على طلب أحد الخصوم ، ويقع عندئذ عبئ اثباته وإقامة الدليل على وجوده على عاتق هذا الخصم الذي تمسك به،ويتبنى هذا الاتجاه كل من مصر[108] و تونس[109] وفي فرنسا [110] يتحمل إثبات القانون الأجنبي الخصم الذي يدعي أن النتيجة المتوصل إليها بإعمال القانون الأجنبي تختلف عن تلك المتوصل إليها بتطبيق القانون الفرنسي ، وفي انجلترا نجد أن الطرف الذي يدعي مخالفة القانون الأجنبي للقانون الإنجليزي هو الذي يثبت ذلك وكل هذا يكون لصعوبات العملية التى تواجهها المحاكم الوطنية عند قيامها بهذا الاثبات[111].

لقد رأينا سابقا ان القاضي الوطني ملزم فقط بالتحري عن قواعد قانونه الوطني و اثباتها و تفسيرها عند عرض نزاع معين عليه ، ولكن لا يلتزم بمعرفة وتفسير أحكام قوانين كل الدول الاجنبية ،وعليه نستنتج أن عبئ إثبات القانون الاجنبي المختص وإقامة الدليل على وجوده يقع على عاتق الخصم الذي يتمسك به . الهدف من وضع عبء إثبات القانون

108– فقد جاء في حكم صادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 7 يوليو 1955 "أن الاستناد إلى قانون أجنبي وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ، لا يعدو إلا أن يكون مجرد واقعة وهو ما يوجب على الخصوم إقامة الدليل عليه". هشام على صادق ،المرجع السابق ،ص 156.

109– الفصل 32 من مجلة القانون الدولي الخاص" يمكن للقاضي بصفة تلقائية إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي المعين بقاعدة الإسناد في حدود إمكانيات علمه به ، وفي أجل معقول بمساعدة الاطراف عند الاقتضاء .وفي الحالات الأخرى فإن الطرف الذي تكون دعواه مستندة على القانون الأجنبي مطالب بإثبات محتواه ".

110– يجسده قرار لوتور « Lautour » الصادر بتاريخ 1948/05/25 الذي اعتبر " أن عبء إثبات القانون الأجنبي يقع على عاتق الطرف الذي يخضع إدعائه لهذا القانون" LOUSSOUARN Yvon BOUREL Pierre,op,cit. p . 254

111 –غالب علي الداودي ، المرجع السابق ، 263 .

الأجنبي على عاتق الخصوم يكمن في تخفيف العبء على القاضي الوطني ، فمن غير المعقول أن نلزمه بالعلم بكافة قوانين الدول الاجنبية نظرا لكثرتها ،وكذا هناك قوانين اجنبية غير منشورة في الجريدة الرسمية ، كما أن الخصوم يكونون في مركز أفضل في العلم بالقانون الأجنبي،نظرا لكونهم اصحاب المصلحة في تطبيقه ، لذا يجب عليهم أن يتحملوا عبء إثباته .

لقد اتجه الفقه الحديث عموما إلى انتقاد الأنظمة التي تحمل الخصوم عبء إثبات القانون الأجنبي، إذ أن القاضي هو الذي يقع عليه أن يبحث عن القانون الذي يطبقه على النزاع ، و جاء الانتقاد لاذعا من الفقهاء مما أدى بهذه الأنظمة إلى التحول عن موقفها نحو تكليف القاضي بالبحث عن القانون الأجنبي،و من ذلك نرى أن القضاء الفرنسي بعدما كان يعتبر القانون الأجنبي مسألة واقع و لا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه الشخصي عن وقائع الدعوى[112] ، صار يحمل القاضي عبء البحث عن القانون الأجنبي في الحالة التي يجب عليه فيها تطبيق هذا القانون ، و هي الحالة التي يتعلق فيها النزاع بحقوق ليس للأطراف حرية التصرف فيها، كما أجاز القضاء الفرنسي لقاضي الموضوع أن يبحث عن مضمون القانون واجب التطبيق مهما كانت طبيعة الحقوق المتنازع عليها إن أراد تطبيقه على النزاع.

انتقد القضاء المصري بدوره إزاء موقفه من كيفية التعامل مع القانون الأجنبي، و قد بين الدكتور عبد الرزاق السنهوري انتقاده لموقف القضاء المصري الذي جاء كما يلي: "...و نحن مع ذلك لا نتردد في اعتبار تطبيق أحكام القانون الأجنبي مسألة قانون لا مسألة واقع ، فإن القاضي إذا أمره قانونه الوطني بتطبيق أحكام القانون الأجنبي بالنسبة إلى القضية التي يطبق فيها هذه الأحكام جزءا من قانونه الداخلي ، فعليه إذن أن يبحث

112- هشام على صادق ، المرجع السابق ،ص 155.

من تلقاء نفسه عن أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق في هذه القضية، و له أن يصدر في هذه الأحكام عن علمه الشخصي...".[113].

ثانيا – اثبات مضمون القانون الاجنبي يقع على عاتق القاضي

لقد تبني الفقه الحديث وبعض القضاء كالقضاء الالماني[114] و الايطالي[115] والفرنسي[116]بعدما غيرت محكمة النقض موقفها وأصبح عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي على عاتق القاضي المختص ، مع جواز استعانته بالخصوم ولقد سايرتها في ذلك محكمة النقض المصرية بحكم صادر بتاريخ 6 فيفري 1984 [117]وتبنت الرأى القائل بتحميل القاضي عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي ، وإن اعتبار القانون الاجنبي قانونا يترتب عليه الزام القاضي الوطني بالرجوع الى القانون الأجنبي ، ويقوم بتفسيره وتطبيقه و اثباته من تلقاء نفسه دون طلب من احد الخصوم ، ولهذا يجب على القاضي ان يبحث عنه ويتثبت من وجوده من تلقاء نفسه دون اي طلب من احد وذلك تنفيذا لأوامر مشرعه الوطني ، ولكن هذا لا يمنع القاضي من الاستعانة بالخصوم من اجل اثبات محتوى القانون الاجنبي .

إن اسباب القاء عبئ الاثبات على القاضي تكمن في اعتبار قواعد الإسناد من النظام العام بحيث يترتب عليه التزام القاضي وليس التزام الخصوم، وكذا هذا الاتجاه يقمع محاولة

113 –عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، نظرية الالتزام بوجه عام ،الإثبات ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 1998 ، ص 55

114– القضاء الألماني ينظر إلى مسألة تطبيق القانون الأجنبي على أنها مسألة قانون لذلك فالقاضي ملزم بتطبيق القانون الأجنبي وعليه البحث عن مضمونه من تلقاء نفسه دون أن يلزم الخصوم بفعل ذلك، انظر علي علي سليمان المرجع السابق ،ص 137 .

115– القضاء الإيطالي قد تواتر على أن القاضي يطبق القانون الأجنبي تلقائيا ، وعليه البحث عن مضمونه من تلقاء نفسه دون أن يلزم الخصوم بذلك ، انظر هشام علي صادق ،المرجع السابق ص162 .

116– Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 28 juin 2005 ,Voir le site web www.juricaf.org

117– هشام علي صادق، المرجع السابق، 160 .

الغش نحو القانون لان القاء عبئ الاثبات على عاتق الخصوم يؤدي إلى توسيع في مجال سلطان الارادة إلى أكثر مما يجب ويجعل للأطراف النزاع حق استبعاد أي قانون اجنبي لا يرضون به بمجرد سكوتهم عن التمسك بتطبيقه [118].

ثالثا – موقف المشرع الجزائري من عبء اثبات القانون الاجنبي

لم يورد المشرع الجزائري نص في القانون المدني حول مسالة عبى اثبات القانون الاجنبي ،فعلى الصعيد الفقهى في الجزائر،هناك من يرى بضرورة التفرقة بين مسائل الأحوال الشخصية وغيرها من المسائل في أحكام الإثبات ، وعلى رأسهم الفقيه موحند إسعاد [119] استند بنص المادة 233 من قانون الاجراءات المدنية القديم (يقابلها نص المادة 258 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية)، حيث يلقى عبء إثبات القانون الأجنبي على الخصوم في الخارج مسائل الأحوال الشخصية ، أما في مسائل الأحوال الشخصية فيلتزم القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي ، و ذلك بناءا على رقابة المحكمة العليا ،اما في الجانب الاخر فيرى الاستاذ عليوش قربوع كمال[120] بأن الصفة الأجنبية للقانون الأجنبي تجعله يخضع لنظام إثبات خاص ، حيث راى أنه من المعقول أن يطلب من القاضي البحث عن مضمون القانون الأجنبي، و يمكن لهذا الأخير أن يطلب المساعدة من الخصوم .

لقد نصت المادة 23 مكرر من القانون المدني على ما يلي :" يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه "، و جاء النص بالفرنسية بعبارة : "...إذا كان إثبات القانون الأجنبي مستحيلا "، و بالتمعن في هذه المادة نرى أن المشرع الجزائري

118- ابراهيم صالح الصرايرة ،علاء محمد الفواعير ،"**مهمة اثبات القانون الاجنبي وفقا لتشريع الاردني**"،مجلة علوم الشريعة والقانون ،المجلد 43 ،ملحق 3 ،2016 ،ص 1255 .

119- إسعاد موحند ،المرجع السابق ، ص 227 .

120- عليوش كمال قربوع، المرجع السابق، ص143 .

قد حمل القاضي بالدرجة الأولى و الخصوم من بعده ، مهمة البحث عن مضمون القانون الأجنبي ، وذلك لأنه لو أراد تحميل الأطراف وحدهم عبء إثبات القانون الأجنبي ، لجاء النص بعبارة تفيد ذلك كأن يكون النص كالتالي : "...إذا عجز الخصم عن إثبات القانون الأجنبي" ، فالمادة 23 مكرر تبين أنه لا يطبق القاضي القانون الجزائري إلا إذا حاول بكافة الطرق التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي وتعذر عليه ذلك[121].

نحن بدورنا نستنتج أن المشرع ألزم القاضي بإثبات مضمون القانون الاجنبي بمساعدة الخصوم ولقد اعتبر قواعد الاسناد من النظام القانوني الجزائري ومن جهة أخرى ، فإن قواعد الإسناد التي نص عليها المشرع بين المادة 09 و المادة 24 من القانون المدني ، توحي بأنها ملزمة يتعين على القاضي تطبيقها وعليه فالقاضي ملزم بإثبات مضمون القانون الاجنبي .

إن الفرق بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي ، هو ان محكمة النقض الفرنسية عندما يتعلق الامر بحقوق يمكن للأطراف التصرف فيها توجب على الخصم الذي يتمسك باختصاص قانون اجنبي بإثبات مضمونه ، وعليه ان يثبت اختلاف مضمون القانون الاجنبي عن احكام القانون الفرنسي ، بينما المشرع الجزائري فلم يشترط اختلاف احكام القانون الجزائري عن احكام القانون الاجنبي المختص عندما يتعلق الامر بغير قانون الاسرة وإنما اشترط فقط بتمسك الخصم بتطبيق القانون الاجنبي مع اثبات مضمونه [122].

في الاخير نقول بأن القاضي الجزائري في المسائل المتعلقة بالقانون الدولي الخاص ملزم أن يبحث بنفسه على مضمون القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد ، وبهذا قد واكب

121- غيو اسامة ،المرجع السابق ، ص 22.

122-عكوش سيهام ،القانون الأجنبي إثباتا و تفسيرا دراسة مقارنة ،ملخص مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق ، فرع عقود الأعمال ، كلية الحقوق ،جامعة بومرداس ،2010 ،ص 13.

اتجاه الفقه الحديث ، و متفاديا الانتقادات سابقة الذكر. خاصة و أن القاضي الجزائري غير مقيد بأي قرار من المحكمة العليا يقضي بتحميل الخصوم البحث عن مضمون القانون الأجنبي ، كما أن مفهوم أحكام القانون المدني تواكب الاتجاه الفقهي الحديث .

الفرع الثاني

وسائل اثبات القانون الاجنبي

ان وسائل الاثبات هي التي تقيم الدليل على محتوى القانون الاجنبي بحيث يستعين بها القاضي لإثبات وقائع الدعوى ومعظم التشريعات الحديثة لم تنص صراحة على انواع وسائل الاثبات ، وفي ظل سكوت هذه الاخيرة و منها المشرع الجزائري [123]عن وسائل إثبات القانون الأجنبي، يتجه الفقه الحديث إلى عدم التقيد بطرق الإثبات القضائي التي نظمها المشرع لإثبات الوقائع ، و إعطاء حرية أكبر للقاضي للالتجاء إلى كافة وسائل العلم بالقانون الأجنبي[124] التي يراها الأصلح للوصول إلى مضمون هذا القانون، دون أن يتقيد سلفا بالطرق التي نص عليها المشرع لإثبات الوقائع ، و إن جاز له الاستهداء بها إذا قدرها ملائمة لإثبات هذا القانون ، ورغم تعدد وسائل الاثبات فلا يمكن لنا تصور إثبات القانون الأجنبي بواسطة الإقرار أو اليمين او شهادة الشهود [125].

تنقسم وسائل الاثبات الى فئتين فالفئة الاولى تكمن في الوسائل الشفوية الوسائل الشفوية ونجد منها الخبرة الشفوية **(اولا)**سنتطرق الى الوسائل المكتوبة ونستعرض منها الخبرة المكتوبة ، بالاضافة الى نصوص القانون الاجنبي وترجمتها(**ثانيا** .

123-عكوش سيهام ،المرجع السابق ،ص45.

124-دربال عبد الرزاق ،المرجع السابق،ص 128 .

125- عبده جميل غصوب،دروس في القانون الدولي الخاص،المؤسسة الجامعية لدراسات ، بيروت،2008 ، ص 145.

أولا – الوسائل الشفوية

ان الوسيلة الشفوية للإثبات تكمن بالشهادة ولا يقصد هنا شهادة الشهود لان الشهادة عادة ما يدلي به الشاهد بما رآه او سمعه من وقائع ، في حين ان القانون الاجنبي يحتاج الى خبرة و اطلاع وبيانات تحررية و الوسيلة الشفوية لإثبات القانون الاجنبي هي الخبرة الشفوية .

تعتبر الخبرة الشفوية من الوسائل الشائعة التي تستعمل لإثبات القانون الأجنبي خصوصا في القضاء الإنجليزي فالقاضي الانجليزي لا يستطيع البحث عن القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ، وإنما يجب إن يتم هذا الإثبات بواسطة خبراء قانونيين ، ومثال هؤلاء الخبراء نجد القاضي الأجنبي أو ممارسا قانونيا أو محاميا أكاديميا ، و يمكن أن يكون الخبير أي شخص آخر له خبرة في مجال القانون الأجنبي كالدبلوماسي أو موظف في سفارة أو قنصلية مثلا ،و لا يشترط في الخبير جنسية معينة ، فيجوز أن يكون جزائريا كما يجوز أن يكون أجنبيا.

إن القضاء الفرنسي فلم يلجآ كأصل عام الى الخبرة الشفوية كوسيلة من وسائل إثبات القانون الأجنبي ، ومع ذلك فقد اتجهت بعض الأحكام الفرنسية مؤخرا إلى الأخذ بالخبرة ، كوسيلة للكشف عن مضمون القوانين الأجنبية ، متأثرة في ذلك بالأفكار الإنجليزية،[126]، اما المشرع المصري فنص على هذا الفرض في المادة 245 [127]من قانون المرافعات

126- هشام علي صادق، تنازع القوانين ، المرجع السابق، 165 .

127- نص المادة 254 من قانون المرافعات المصري :للمحكمة أن تعين خبيرا لإبداء رأيه شفاهة بالجلسة وبدون تقديم تقرير ويثبت رأيه في محضر" انظر الموقع الالكتروني : https://www.coursdroitarab.com

المصري ، التي أجازت ان تكون الخبرة الشفوية كوسيلة لإثبات القانون الاجنبي ، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري[128] .

قد يعترض الخبرة الشفوية عائق ذي طبيعة عملية ، فقد يكون الخبير المستدعي للإدلاء بمعلوماته عن القانون الأجنبي أجنبيا لا يقطن في دولة القاضي الأمر الذي يستدعي تنقله من الخارج إلى دولة القاضي وهذه العملية تتطلب تكاليف هامة لا يستهان بها [129] الأمر الذي يصعب المهمة ويجعلها اكثر تكلفة ،في حالة اذا كان الخبير لا يحسن لغة القاضي فيستعين بمترجم لا يستطيع ان ينقل المصطلحات القانونية بالدقة المطلوبة على عكس الخبرة المكتوبة التي تترجم عن طريق جهاز ترجمة متمكنا و مختصا.

ثانيا- الوسائل المكتوبة

إن وسائل الإثبات المكتوبة أكثر تنوعا و اعتمادا لبيان مضمون القانون الأجنبي ، على عكس وسائل الإثبات الشفوية ومن وسائل الاثبات المكتوبة و نجد منها الخبرة المكتوبة نصوص القانون الأجنبي ، الأحكام القضائية و المؤلفات الفقهية .

1- الخبرة المكتوبة

إن الخبرة من الوسائل الأكثر استعمالا في إثبات القانون الأجنبي، خاصة في ظل عدم وجود طرق محددة تشريعيا لإثبات القانون الأجنبي فالخبرة المكتوبة حل نفرضه العدالة و المنطق أمام الف ا رغ التشريعي في هذه المسألة .

128-المادة 49 من قانون الإجراءات المدنية و الادارية في الفقرة 1 و4 :"تحدد في الحكم القاضي بإجراء الخبرة مهلة للخبير، يتعين عليه فيها إيداع تقريره الكتابي أو الإدلاء بتقريره الشفوي.
يوضع التقرير الشفوي بالجلسة، أما إذا كان التقرير كتابيا فإنّه يودع بكتابة الضبط للمحكمة ويبلغ للأطراف قبل النداء على الدعوى."

129 -فضيل نادية ، المرجع السابق، ص 66.

الخبرة المكتوبة هو عادة المسلك المتبع من قبل المحاكم الفرنسية ، و تسمى هناك بشهادات العرف « **Certificats de coutume** » [130] وهي مستندات مكتوبة من قبل أخصائيين في القانون المراد إثابته ، و يعود هذا الاصطلاح إلى ماجرى به العمل في فرنسا قبل صدور تقييم مجموعة نابليون حيث كان يحكم كل مدينة عرف محلي خاص بها، و كان إثبات هذه الأعراف يتم عن طرق شهادات عرف يحررها متخصصون في هذه الأعراف[131]، ولقد اخذ ايضا المشرع التونسي بالخبرة المكتوبة [132]، والمشرع الجزائري نضم أحكام الخبرة القضائية في المواد من 125 إلى 145 من قانون الاجراءات المدنية و والإدارية ، لذلك فلا مانع للقاضي بأن يستعين بخبير بخصوص إثبات القانون الأجنبي ، و الخبرة المكتوبة تخضع لتقدير القاضي حيث أنه غير ملزم بنتائج هذه الخبرة [133] .

انتقد الفقه الحديث هذه الوسيلة في إثبات القوانين الأجنبية ، لأن محرر السند قد يتعمد تحريره بالطريقة التي تتفق مع مصالح الخصم الذي لجأ إليه ، فضلا على أن الخصم قد يكتم على الخبير إحدى الوقائع الجوهرية [134] .

2- نصوص القانون الأجنبي وترجمتها

من الوسائل التي يمكن اعتمادها لإثبات القانون الأجنبي ، نصوص القانون الأجنبي نفسها كما هي صادرة في الجريدة الرسمية أو ترجمتها [135] ، ومن الأفضل أن تكون هذه

130- الشهادة العرفية هي مستند محرر باللغة الفرنسية ، تصدر إما عن قنصلية أو عن سفارة فرنسا لدى الدولة الأجنبية ،وإما عن رجل قانون .

131- فضيل نادية ، المرجع السابق، ص 68.

132- الفصل 32 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية : يكون الإثبات كتابة بما في ذلك الشهادات العرفية

133-المادة 144 من قانون الاجراءات المدنية والادارية : "القاضي غير ملزم برأي الخبير،غير انه ينبغي عليه تسبيب استبعاد نتائج الخبرة ".

134-بيار ماير ،فانسان هوزيه ،القانون الدولي الخاص ، ترجمة على محمد مقلد ،دار مجد ،المؤسسة الجامعية لدراسات بيروت ،2008 ،ص 182 .

الترجمة رسمية و يشترط أن تكون صادرة عن هيئة مختصة أو منشورة بمؤلف معتمد [136] ،من اجل ان تكون لها مصداقية أكبر في الإثبات و على كل هذا فإن الأخذ بهذه النصوص أو استبعادها يخضع أيضا لتقدير القاضي .

3 -الأحكام القضائية

يمكن للقاضي الاستعانة بالأحكام القضائية السابقة ،التي صدرت بمناسبة الفصل في نزاع مماثل لنزاع المطروح امام القاضي ،سواء تلك الصادرة عن جهات قضائية وطنية او اجنبية والتي من شانها تيسير الكشف عن مضمون احكام القانون الاجنبي .

تظهر أهمية الأحكام القضائية كوسيلة لإثبات مضمون القانون الأجنبي في القوانين التي تعتمد السابقة القضائية ، وهذا تطبيقا لمبدأ حرية الإثبات مثلا يعتمد القاضي الجزائري على حكم صادر من القاضي الفرنسي متضمنا إثباتا لمضمون القانون الألماني في نصوص مسألة تتعلق بالانفصال الجسماني[137] .

لقد تطرق المشرع إلى الأحكام القضائية الحائزة لقوة الشيء المقضي فيه، باعتبارها طريقة من طرق الإثبات ، و اشار اليها عندما تحدث عن القرائن ، و تناول أحكامها في المادة 338 [138] .

135- سامي بديع منصور ،نصري انطوان دياب ،عبده جميل غضوب ،القانون الدولي الخاص تنازع الاختصاص التشريعي ، الجزء الاول، مجد المؤسسة الجامعية لدراسات ، بيروت 2009 ، ص 817 .

136-محمد كمال فهمي ، المرجع السابق، ص 488.

137- قتال حمزة ،المرجع السابق ،196

138-المادة 338 من القانون المدني الجزائري : "الاحكام التي حازت قوة الشيئ المقضي فيه تكون حجة بما فصلت فيه من حقوق".

4- الانابة القضائية

يمكن للقاضي ايضا اللجوء إلى الإنابة القضائية الدولية[139] لإثبات مضمون القانون الاجنبي ، خصوصا بالنسبة للدول التي تربطها مع الجزائر اتفاقيات للتعاون القضائي مثل تونس[140] ، ونظمها المشرع في المواد 112 الى 124 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية .

كما نشير أيضا إلى أن وسائل العلم بالقانون الأجنبي قد تيسرت كثيرا ، نتيجة لظهور شبكة الإنترنيت التي لا تتيح للقاضي فقط الإطلاع على أحكام هذا القانون و إنما على تفسيره و كيفية تطبيقه من طرف القضاء هناك.

5-المؤلفات الفقهية

يتجه بعض الفقه و القضاء في القانون المقارن إلى إمكانية أخذ القاضي بالمؤلفات الفقهية كوسيلة لإثبات القانون الأجنبي خصوصا أن هذه المؤلفات لا تثبت القانون الأجنبي فقط، و إنما تقوم أيضا بشرحه و تفسيره و هو ما يساعد القاضي على تطبيقه، لكن يستحسن أن تكون هذه المؤلفات حديثة تفاديا لإمكانية أن يكون القانون الأجنبي المراد إثباته قد تم تعديله.

139-الانابة القضائية هي طلب من السلطة القضائية المنيبة الى السلطة القضائية المستنابة ،لاتخاذ اجراء معين بغية الفصل في قضية عالقة امام القاضي المنيب الذي ليس في مقدوره ان يقوم بنفسه بهذه المهمة ، انظر:عبدة جميل غصوب ، المرجع السابق ،ص 151 .

140- مرسوم رئاسي رقم 450 -63 المؤرخ في 14 نوفمبر 1963،يتضمن المساعدة المتبادلة والتعاون القضائي والقانوني بين الجزائر و تونس ، ،ج.ر.ج.ج،عدد 87 ، سنة 1963 .

نجد محكمة النقض الفرنسية قد اعتمدت هذا الحل في حكم صادر 26 أبريل1950، حيث نقضت حكم صادر عن محكمة الموضوع التي رفضت اعتماد مؤلف فقهي في القانون الأمريكي كدليل إثبات للقانون الأجنبي قدمه أحد الخصوم [141] .

6- المعاهدات الدولية

من شان المعاهدات الدولية أن تشكل سبيلا لتبادل المعلومات عن القوانين الخاصة في من شان الدولة الموقعة عليها، فهي اذن تشكل احدى وسائل المؤدية الى كشف مضمون قانون دولة اجنبية موقعة على معاهدة دولية .

في الاخير يمكن لنا القول أن اثبات القانون الاجنبي أصبح أيسر مع وسائل الاتصال الحديثة لاسيما شبكة الانترنت ،غير ان ما قامت به المانيا يعتبر امراً رائدا في مجال القضاء ،حيث أنشأت مركز لتجميع أحكام القوانين الاجنبية [142] ،الامر الذي اتاح للمشرع الالماني الزام القاضي بتحديد مضمون القانون الاجنبي .

الفرع الثالث

القانون المطبق عند تعذر اثبات مضمون القانون الاجنبي

يواجه القاضي عند تطبيقه للقانون الاجنبي عدة صعوبات ، ومن بينها نجد صعوبة التوصل للقانون الأجنبي رغم بحث المحكمة أو الافراد عن القانون ، فالسؤال الذي يطرح نفسه ، ما هو البديل عن القانون الأجنبي ؟ ، ان الاجابات المقدمة لهذا السؤال متعددة نستعرض في هذا الاطار عدة آراء فقهية ، على النحو الآتي : فهناك من يرى بأن القاضي يطبيق المبادئ العامة السائدة في الامم المتمدنة أي تطبيق القواعد العقلانية المستمدة من العقل والمنطق و العدالة ، وهي قواعد عامة سائدة بين الامم المتمدنة **(اولا)** تطبيق القانون

141- LOUSSOUARN Yvon ,BOUREL Pierre , op cit ,p 290.

142- بشور فتيحة ،المرجع السابق ،ص 82.

الاقرب في أحكامه الى القانون الاجنبي الذي تعذر الكشف عن مضمونه،مثلا تطبيق القانون النمساوي بدلاً من الألماني والحجة انهم ينتمون إلى نفس العائلة القانونية **(ثانيا)** ، تطبيق القاضي لقانونه الوطني لأنه مستمد من المبادئ العامة وهو ما اخذ به القضاء الانجليزي [143] هناك جانب أخر يقر بامتناع في الفصل في النزاع[144] وهذا الحل يصطدم مع مبدأ التزام القاضي بالفصل في كل النزاعات المعروضة امامه لان التنصل من الالتزام يعني انكار العدالة **(ثالثا)** .

اولا – تطبيق المبادئ العامة السائدة بين الامم المتمدنة

يرى البعض أنه إذا تعذر على القاضي الوصول إلى مضمون القانون الأجنبي، فعليه في هذه الحالة أن يطبق المبادئ العامة أو القواعد العقلانية المستمدة من العقل و المنطق و العدالة [145] .

إن المشرع الجزائري وفقا للمادة 1 [146]من القانون المدني "فإذا كان القانون الجزائري هو المختص لحكم نزاع ما ،كان على القاضي الذي يطبقه ويأخذ بالترتيب الذي جاءت به المادة حيث انه إذا لم يتوصل إلى مضمون القانون الجزائري ، وجب عليه أن يطبق المبادئ المشار إليها.

143–سعادي محمد ، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري ،دار الخلدونية ،مستغانم ،2009 . 161

144–اعراب بلقاسم، المرجع السابق ، ص150 .

145– ممدوح عبد الكريم حافظ عليوش ، المرجع السابق ، ص 228 .

146– تنص المادة 1 من القانون المدني " يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو فحواها ، وإذا لم يوجد نص تشريعي ، حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية ، فإذا لم يوجد حكم بمقتضى العرف،فإذا لم يوجد حكم بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".انظر امر رقم 75– 58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني ،ج.ر.ج.ج،عدد 78 ،مؤرخ في 30 سبتمبر 1975 ،معدل ومتمم ،انظر الموقع الالكتروني : www.joradp.dz .

ما يعيب على هذا الرأي هو كون هذه المبادئ العامة السائدة في الأمم المتمدنة هي عبارة عن قواعد عامة لا تفي بالغرض ، فحتى لو سلمنا بوجود هذه المبادئ كمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، فإن النزاع لا يكون مطروحا حول المبدأ في حد ذاته، و إنما حول حدوده و تفصيلاته ،و هو ما ينفرد ببيانه كل قانون ، فضلا عن أن تطبيق هذا الرأي يؤدي إلى اختلاف الأحكام من محكمة إلى أخرى نظرا لعمومية هذه المبادئ و سعتها.

انتقد هذا الاتجاه ايضا على أساس أنه يعطي للقاضي سلطة تقديرية واسعة يؤدي به في الأخير إلى تطبيق قانونه الوطني على أساس أنه مستمد منطقيا من هذه المبادئ [147] .

ثانيا – تطبيق القانون الاقرب في أحكامه الى القانون الاجنبي الذي تعذر الكشف عن مضمونه

يميل إتجاه آخر إلى تطبيق القانون الأقرب إلى القانون الأجنبي الذي تعذر الوصول إلى مضمونه [148]، أي تطبيق القانون الأكثر ارتباطا بذلك النزاع وحجيتهم تكمن بان تطبيق هذا القانون فيه انسجام مع قاعدة الإسناد وحكمة التشريع، فإذا ما أشارت قاعدة الإسناد بتطبيق القانون الأمريكي و تعذر على القاضي الكشف عن مضمونه فإنه من الأجدر في هذه الحال تطبيق القانون الإنجليزي لأنه من نفس العائلة القانونية.

إنتقد هذا الاتجاه ، لأنه لا يمكن تصور تقارب أحكام تشريعين مختلفين ، فمن الممكن أن تتطور أحكام أحدهما تحت تأثير الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية ، وبالتالي يصبح بعيدا تماما كل البعد عن أحكام التشريع الذي كان يتشابه معه [149].

147– سعيد يوسف البستاني ،المرجع السابق ،219.

148–أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق، ص 576 .

149– بشور فتيحة ،المرجع السابق ،ص 83 .

ثالثا- تطبيق القاضي لقانونه الوطني

يميل الاتجاه الغالب[150] فقهًا و قضاءًا إلى تطبيق القانون الوطني القاضي، في حالة تعذر الوصول إلى مضمون القانون الأجنبي ،وهو المستقر عليه في إيطاليا وألمانيا و فرنسا حيث أن القضاء الفرنسي يطبق القانون الفرنسي بصفة احتياطية في حالة تعذر إثبات القانون الأجنبي ، وهذا بموجب القرار الصادر عن الغرفة المدنية في 21 نوفمبر 2006[151]

لقد تبنى المشرع التونسي[152] و المشرع الجزائري القول القائل بتطبيق قانون القاضي في حالة ما إذا تعذر على القاضي التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي ، وذلك بموجب نص المادة 23 مكرر من القانون المدني:" يطبق القانون الجزائري في حالة تعذر إثبات القانون الواجب تطبيقه" ، فهنا السؤال الذي يمكن لنا طرحه ما هو موقف المحكمة العليا في الجزائر في حالة تطبيق القانون الجزائري عملا بالمادة 23 مكرر من القانون المدني، فهل تعامله المحكمة معاملة القانون الأجنبي أم تعامله معاملة قانونها الوطني؟

الحقيقة أن القانون الجزائري عندما يطبق بصفة احتياطية ، فإن هذا لا يفقده صفته الوطنية، فلا يمكن أن نعامله معاملة القانون الأجنبي لمجرد تطبيقه بدلا عن قانون أجنبي تعذر إثباته ، و عليه فتطبيقه و تفسيره يخضع لنفس الأحكام كما لو أن القاضي قد طبقه بصفة أصلية .

150- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 151 .

151 -BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, op ,cit ,p544.

152-الفصل من 32 مجلة القانون الخاص التونسي : "وإن تعذر إثبات محتوى القانون الأجنبي فإنه يقع العمل بالقانون التونسي" انظر الموقع الالكتروني: https://www.tunisia-sat.com

في الاخير يمكن لنا القول ان موقف المشرع الجزائري واضحا في هذه النقطة على خلاف موقفه من بقية المسائل المتعلقة بإثبات القانون الأجنبي ، و هو في هذا يساير الاتجاه السائد في أغلب دول العالم .

رابعا – تطبيق القانون الذي له صلة اكثر بالنزاع

لقد ظهر اتجاه فقهي حديث ،يذهب إلى تطبيق القانون الذي له صلة بالنزاع سواء كان قانون القاضي أو قانون أجنبي آخر ، كأن يبرم مغربي وتونسية عقد زواجها في لندن ويرفعا دعوى بشأنه امام القضاء الجزائري ، فإذا ما تعذر إثبات القانون الإنكليزي فالأفضل هو تطبيق القانون التونسي او المغربي ، لأنهما على صلة بالنزاع عكس القانون الجزائري الذي لا صلة له بموضوع النزاع[153].

نحن بدورنا نقول ان هذا الاتجاه و ان كان يبدوا منطقيا إلا أنه ليس عملي ، خاصة إذا تعذر إثبات هذا القانون الأجنبي الآخر بينما لا نتصور تعذر إثبات القانون الوطني للقاضي لأنه الأعلم به ووسائل الإثبات فيه متاحة.

المطلب الثاني

تفسير القانون الاجنبي

إن القاضي وهو بصدد تطبيق القانون الاجنبي ، قد يعترضه غموض أو نقص في مضمون هذا القانون ، فهنا يستوجب عليه تفسيره ليتمكن من حسن تطبيقه ،اذن يمكن لنا القول ان القاضي عند انتهائه من مرحلة تحديد مضمون القانون الاجنبي تاتي مرحلة اخرى وهي مرحلة تطبيقه على ذلك النزاع ، والقاضي في حالة تطبيقه للقانون الاجنبي يمكن ان لا يفهم النص القانوني الأجنبي ،بحيث يعمل على ازالة ذلك الغموض من اجل تحديد المقاصد

153–بشور فتيحة ،المرجع السابق ،ص 83 .

الحقيقية للمشرع الأجنبي ،وقد يحدث أن يخطئ القاضي في تطبيق أو تفسير القانون الأجنبي فهنا يمكن لنا القول بان القاضي الوطني يكون تحت عين المحكمة العليا التي تراقب سير مرحلة تطبيق القانون الاجنبي المختص ، التساؤل الذي يطرح نفسه في هذه المسألة، هل يتقيد القاضي بالتفسير السائد في الدولة التى صدر فيها هذا القانون الاجنبي أو يتقيد بتفسير بلده ؟ وسنجيب عليه في **(الفرع الاول)** وسنحاول الاجابة على السؤال التالي: هل يحق لمحكمة التميز او المحكمة العليا بسط ولايتها على تفسير القانون الاجنبي المختص ، ام ان هذا الامر متروكا لمحكمة الموضوع وحدها**(الفرع الثاني)**.

الفرع الاول

كيفية تفسير القاضي الوطني للقانون الاجنبي

عند التوصل الى نصوص القانون الاجنبي قد يصادف القاضي و هو في سبيل تطبيقها بعض الغموض،مما يستدعي تفسيرها ، من اجل الوصول الى الفهم السليم للحكم الذي يتضمنها وهذا من اجل تحقيق العدالة،و السؤال الذي يثار هنا، وفق اي مفاهيم يفسر القانون الاجنبي من قبل قاضي النزاع هل وفقا للمفاهيم الوطنية الواردة في قانونه ام وفقا للمفاهيم والأفكار و المبادئ السائدة في دولة القانون الاجنبي ؟وفي هذا الصدد ظهر اتجاهان فقهيين بخصوص طريقة تفسير القانون الاجنبي ، فالاتجاه الاول: هو الاتجاه القائل بوجوب تفسير القانون الأجنبي وفقا لقانون القاضي**(اولا)** ،اما الاتجاه الثاني: هو الاتجاه الذي يرى بوجوب إتباع التفسير المعطى له في دولته الأصلية ، بحيث يتقيد القاضي بتفسير الدولة التي صدر فيها القانون حيث يستعين بالسوابق القضائية المستقرة في تلك المسالة **(ثانيا)**

اولا –التفسير وفقا للقانون القاضي

يرى جانب من الفقه و بالخصوص اصحاب النظرية الايطالية ان تفسير القانون الاجنبي يكون وفقا للقانون القاضي ،بحيث تكمن حجيتهم بان دور القاضي الوطني بتفسير القانون الاجنبي المختص لا يختلف عن دوره في تفسير قانونه الوطني لأنه في كلا الحالتين يبحث عن نية المشرع ، وعند تطبيق قانون القاضي فهذا لا يعني التعارض مع اختصاص ووظيفة قضاء الدولة الاجنبية المقررة تطبيق قانونها في النزاع المعروض [154].

انتقد هذا الاتجاه على اساس ان تفسير القانون الاجنبي وفقا لقانون القاضي ،قد يؤدي إلى تحريفه و إعطاءه معنى مغاير لمعناه الاصلي [155].

ثانيا–التفسير وفقا للقانون الاجنبي

يرى الفقه الغالب بان القاضي يجب ان يتقيد في تفسيره للقانون الاجنبي بالتفسير السائد في الدولة التي صدر فيها [156]، فيأخذ بالحلول القضائية المستقرة فيه حتى ولو لم يكن القضاء فيها مصدرا رسميا لقواعد القانون، اذن يجب على القاضي اتباع اسلوب التفسير المطبق أمام محاكم الدول التي ينتسب إليها هذا القانون لا أسلوب التفسير الذي تأخذ به المحاكم الوطنى.

لقد اخذت بهذا الاتجاه محكمة العدل الدولية، فقضت بأنه يجب أن يؤخذ بالتفسير القضائي السائد في الدولة التي تطبق المحكمة قانونها على وقائع النزاع الدولي المعروض عليها[157]، أي يجب اعطاء القانون الاجنبي المعنى الذي اعطاه له قضاؤه .

154–غالب علي الداودي ،المرجع السابق ،ص 273 .

155 – سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص211 .

156 – فضيل نادية ،المرجع السابق ، ص82 .

157–سعادي محمد ،المرجع السابق ،ص 162 .

من بين التشريعات التي اعتمدت هذا الاتجاه نجد مجلة القانون الدولي الخاص التونسي حيث نصت في الفصل 34 منها صراحة على أنه " يطبق القاضي القانون الأجنبي كما وقع تأويله في النظام القانوني المنتمي إليه".

الفرع الثاني

رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الاجنبي

حين يطبق القاضي الوطني القانون الاجنبي ،فهو يصيب او يخطئ في تفسيره للقاعدة القانونية الموجودة في القانون الاجنبي المطبقة على المسالة المعروضة امامه ،لذلك يجب ان يكون هناك جهاز مختص يراقب القاضي عند تطبيقه للقانون الاجنبي ،ويتمثل هذا الجهاز في المحكمة العليا او محكمة التميز .

إن الفقه التقليدي يربط بين مسألة الرقابة و بين طبيعة القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني،فإذا اعتبر القانون الأجنبي مجرد واقعة قلا يجوز لمحكمة العليا بسط رقابتها على تفسيره،أما إذا طبق كقانون،ففي هذه الحالة تلتزم المحكمة العليا بربط رقابتها على تطبيقه[158].

لذا يثار التساؤل التالي هل يخضع تفسير تطبيق القاضي للقانون الاجنبي لرقابة المحكمة العليا لبلده ؟ وفي صدد الاجابة على هذا السؤال يجب لنا اولا ذكر الموقف الفقهي من رقابة المحكمة العليا فهناك من ايد الرقابة وهناك من يرفضه(**اولا**)وكذا يجب لنا ذكر نطاق رقابة المحكمة العليا(**ثانيا**) فهل تخضع كل الاخطاء التي يرتكبها القاضي و هو في صدد عملية تفسير القانون الاجنبي لرقابة المحجمة العليا ام لا .

158- فضيل نادية ، المرجع السابق، ص97.

أولا- مبدأ رقابة المحكمة العليا علي تفسير القانون الاجنبي

لقد انقسمت قوانين العالم ، في بسط رقابة المحاكم العليا على التفسير الذي يعطيه قضاة الموضوع للقانون الأجنبي ، فهناك من الدول من ترفض مد رقابة محاكمها العليا على التفسير الذي يعطيه قضاة الموضوع(1) وهناك من تأيد رقابة المحكمة العليا على التفسير الذي يعطيه قضاة الموضوع (2)

1- الرأي المؤيد لمبدأ رقابة المحكمة العليا على القانون الاجنبي

إن هذا الاتجاه يسمح للمحكمة العليا ببسط رقابتها على تطبيق و تفسير القانون الاجنبي ويسود هذا الموقف في كثير من الدول مثل ايطاليا ولبنان[159] ومصر[160] وتونس[161].

الحجج التي يقوم عليها هذا الاتجاه ، هي ان القانون الاجنبي يصبح جزءا من القانون الوطني عندما تشير باختصاصه قاعدة الاسناد الوطنية ، وعليه فان اساءة تفسير القانون الأجنبي لا يعد مجرد حكم خاطئ وإنما خرق للقانون الوطني الذي يحكم القاضي باسمه [162] و انكار الرقابة يعني انكار القيمة القانونية لذلك القانون الاجنبي .

159-عكاشة محمد عبد العال، ص 481 .

160- هشام على صادق ،المرجع السابق ،ص 180 .

161 -المادة 2/34 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية : و يخضع تأويل القانون الأجنبي لرقابة محكمة التعقيب." انظر الموقع الالكتروني https://www.tunisia-sat.com

162- هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ، ص 183

2-الرأي الرافض لمبدأ رقابة المحكمة العليا

ذهبت محكمة النقض الفرنسية الى رفضت بسط رقابتها على تفسير محاكم الموضوع[163] للقانون الأجنبي ،واتخذت ايضا نفس هذا الموقف الكثير من الدول مثل المانيا واسبانيا [164] ،وذلك على اساس ان القانون الاجنبي واقعة وهذه الحجة ايضا اخذتها محكمة التميز اللبنانية [165] .

لقد ايد الفقه الفرنسي اتجاه محكمة النقض في رفض رقابتها على تفسير القوانين الاجنبية ، ولكن لم يستند في تأييده لموقفها الى القول بان القانون الاجنبي يعد عنصرا من عناصر الواقع [166]، وتكمن حجيتهم بأن مهمة محكمة النقض هي المحافظة على وحدة القانون الوطني وتطبيقه دون سواه[167] وتنحصر وظيفتها الأساسية في الإشراف على توحيد الاجتهادات القضائية المتعلقة بالقوانين الوطنية وليس على توحيد القوانين الأجنبية والحجية الثانية تكمن بان التعرض لتفسير القوانين الأجنبية قد يوقع محكمة النقض في الخطأ والانحراف عن الصواب ، مما يؤثر على سمعتها وكرامتها .

نظرا للانتقادات الموجهة لمحكمة النقض الفرنسية بشأن رقابة تفسير القانون الأجنبي من قبل قضاة الموضوع،وتداركا للنتائج السيئة المترتبة عن امتناعها عن بسط رقابتها على القانون الأجنبي،فقد جاءت باستثناء اذ انها تفرض رقابتها من خلال فكرة التشويه.

---

163 -BATIFFOL Henri,op cit ,p106

164- إسعاد محند ،المرجع السابق ،ص 235 .

165-زروتي الطيب ،القانون الدولي الخاص الجزائري ،المرجع السابق ،ص 236 و 237 .

166-سعيد يوسف البستاني ، المرجع السابق ، ص721 .

167- فضيل نادية ، المرجع السابق ، ص103 .

إن رقابة محكمة النقض على مسخ القانون الأجنبي [168] مأخوذة من رقابتها على مسخ العقود ، إذا كان تفسير العقد يخضع لمطلق تقدير محكمة الموضوع فإنه لا يجوز لها بحال من الأحوال أن تخرج عن معناها الواضح المحدد تحت تفسيرها ، فإذا كان الشرط التعاقدي واضحا ومحددا ، فلا يجوز لمحكمة الموضوع أن تخرج عن معناها الظاهر، فلو فعلت تكون قد مسخت ارادة المتعاقدين و تجاهلت نصوص العقد ، و هو ما قد يؤدي إلى خرق المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي و تقابلها المادة 106 من القانون المدني الجزائري [169] .

ثانيا –نطاق رقابة المحكمة العليا

لقد تعدد ميادين و نطاق رقابة المحكمة العليا اثناء تطبيق القاضي الوطني لقواعد القانون الاجنبي ،فهنا نرى بان المشرع الجزائري اقر على نطاق واحد لرقابة المحكمة العليا والذي يكون في مجال قانون الاسرة .

1– خضوع الخطأ في إعمال قاعدة الاسناد لرقابة المحكمة العليا

إذا كانت قاعدة التنازع قاعدة وطنية يلتزم القاضي بتطبيقها باعتبارها خطابا من مشرعه ،فلو حصل خطأ في تطبيق قاعدة التنازع فإن الرأي في الفقه المقارن يقول بخضوع ذلك لرقابة المحكمة العليا ، فلو تمسك المدعى بأن الحكم المطعون فيه لم يطبق القاضي فيه القانون المختص نتيجة عدم التفسير الصحيح لقاعدة التنازع، فإن المحكمة تراقب ذلك التفسير، وكمثال على ذلك إنحراف القاضي بتفسير القاعدة ويطبق قانونه بدلا من القانون الأجنبي أو يطبق قانون الموطن في مسألة من الأحوال الشخصية بدلا من قانون الجنسية،

168_يقصد بالمسخ أو التشويه هنا ، الخروج الواضح عن المعنى المحدد و الذي لا يحتاج إلى تفسير، سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص215.

169–عليوش كمال قربوع، المرجع السابق، ص132 .

ففي هذه الفروض يمكن التمسك بالخطأ في التطبيق أو الإساءة في التفسير ونشير إلى أن رقابة المحكمة العليا على الخطأ في إعمال قاعدة الإسناد أو إساءة تفسيرها تعد رقابة عامة[170].

2-خضوع الخطأ في تكييف القانون الاجنبي لرقابة المحكمة العليا

ان محكمة النقض الفرنسية تقوم بالرقابة على التكييف ، الذي يعطيه القضاة للنزاعات المتعلقة بالأحوال الشخصية ، على أساس أن التكييف يخضع لقانون القاضي ، وكما انها قبلت الطعن لقصور في التسبيب [171]، ومارست أيضا رقابتها على تشويه القانون وارتكزت على المبادئ المقررة بصدد تفسير العقود استنادا لنص المادة1134[172] من القانون المدني الفرنسي .

أما في الجزائر فالتكييف خاضع لقانون قاضي الدعوى استنادا لنص المادة 9 من القانون المدني الجزائري التي تنص:" يكون القانون الجزائري المرجع في تكييف العلاقات..." والخطأ في تصنيف الوقائع يخضع لرقابة المحكمة العليا ، اما إذا تعلق بقانون قاضي الدعوى ، فهنا تراقب إذا كانت إحدى مؤسسات القانون الأجنبي تصنف ضمن فئات الاحوال الشخصية ام لا .

170-قاسي علال ،" أساس تطبيق القانون الاجنبي ومركزه امام القاضي الوطني "،كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة البليدة ،يوم 11 ديسمبر 2006 انظر الموقع الالكتروني : www.sciences juridiques .ahlamontada.net

171- BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul .Op.Cit., p. 557.

172- Article ,1134 du code civil français(loi n°2016- 131du 10 février 2016-article 2): "
Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi ceux qui les ont faites.
Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.
Elles doivent être exécutées de bonne foi". Voir le site web http://www.droit.org

3-خضوع الخطأ في تطبيق القانون الاجنبي لرقابة المحكمة العليا

اذا توصل القاضي بنفسه او بمعاونة الخصوم ،الى معرفة احكام القانون الاجنبي ، فلا تطلق يده في تطبيقه كما يريده ، بل يخضع لرقابة محكمة النقض ، سواء من اجل مخالفته لذلك ، كان ينكر وجود قاعدة قانونية قائمة ، او يدعي وجود قاعدة لا وجود لها . أم بشان الخطأ في تطبيق القانون الاجنبي كأن يطبق حكما من احكامه على واقعة لا ينطبق عليها اصلا ، او يطبقه عليها على نحو يؤدي الى نتائج قانونية مخالفة لتلك التي يريدها القانون الاجنبي ، او يرفض تطبيقه على واقعة ينطبق عليها اصلا [173] .

إن محكمة النقض المصرية تمارس رقابتها على القانون الأجنبي ، متى كانت قاعدة التنازع توجب تطبيقه ، واستندوا في ذلك لنص المادة 425 من قانون المرافعات المصري ، التي أجازت الطعن بالنقض إذا تعلق الأمر ب" مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله"[174].

أما بالنسبة لمشرع الجزائري فلقد نص في المادة 358 الفقرة 6 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري "الطعن بالنقض لا يبنى إلا على أحد الأوجه التالية: مخالفة تطبيق القانون الداخلي أو مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الاسرة الشخصية" ونصت ايضا المادة 360 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية على أنه : "يجوز للمحكمة العليا ان تثير من تلقاء نفسها وجها او عدة اوجه لنقض"

يستفاد من المادتين السابقتين ، أن المشرع يفرق بين حالتين القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية يكون وجها من أوجه الطعن بالنقض ، إذ سوى بين القانون الداخلي والقانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية ، أما القوانين الأخرى فلا تخضع لرقابة

173 – أحمد عبد الكريم سلامة ،المرجع السابق ،ص 535.

174-عليوش قربوع كمال ، المرجع السابق، ص 150.

المحكمة العليا ولا تكون سببا من أسباب قبول الطعن بالنقض[175] .

عليه إذا أعطى قضاة الموضوع تفسيرا خاطئا له فيخضع بالتالي لرقابة المحكمة العليا[176] ويمكن أيضا بسط رقابتها على قصور تسبيب الأحكام أو الخطأ في التكييف او الخطأ في التفسير [177] .

في الاخير يمكن لنا القول أن المحكمة العليا تمارس رقابتها بشأن تفسير القانون الأجنبي إذا تعلق الامر بمواضيع قانون الاسرة ، مما يعني أن المحكمة العليا لا تمارس رقابة بشأن تفسير القانون الأجنبي إذا تعلق بمواضيع أخرى ، وقد يكون ذلك راجع لأهمية مواضيع الأحوال الشخصية وتأثيرها في حياة الافراد وتعلقها بالنظام العام [178] .

175-أعراب بلقاسم ، المرجع السابق، ص 142.

176-عليوش قربوع كمال ، المرجع السابق، ص149 .

177- زروتي الطيب ،القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية ، المرجع السابق، ص238 .

178-إسعاد موحند ، المرجع السابق، ص 238.

الخاتمة

من خلال هذه الدراسة ،نستنتج ان موضوع تطبيق القانون الاجنبي امام القاضي الوطني هي من بين التحديات التي يواجهها القاضي الوطني وذلك نضرا لحساسيتها بسبب تشابك علاقات الافراد فيما بينهم على المستوى الدولي و مازالت مستمرة الى يومنا هذا .

لقد تعددت الآراء الفقهية و القضائية حول طبيعة القانونية للقانون الاجنبي ، فهناك جانب اول يقر انه مجرد واقعة من وقائع الدعوى ولا يملك نفس قوة القانون الوطني باعتبار انه صادر من مشرع اجنبي ، ومن المؤيدين لهذا الجنب نجد على رأسهم الفقه الفرنسي والمصري الذي تأثر بهذا الاخير و الفقه الإنجلوسكسوني ،اما الاتجاه الاخر يؤكد و يعترف بان القانون الاجنبي يحتفظ بصفته القانونية و يبقى قانونا رغم عبوره للحدود ، ومن المؤيدين لهذا الاتجاه نجد الفقه الايطالي وكذلك الفقه الالماني.

أما بالنسبة لتشريعات المقارنة تختلف ايضا نظرتها لطبيعة القانون الاجنبي بحيث نجد المشرع الفرنسي تأثر بالفقه الفرنسي واعتبر القانون الاجنبي عنصر من عناصر الواقع ،نفس الشيء بالنسبة للقانون المصري ، اما المشرع التونسي اعتبره قانونا وهذا ما اخذ به ايضا المشرع الجزائري .

لقد ظهرت عدة نظريات بشان مسالة الزامية تطبيق القانون ،فهناك من يقول بأن القاضي غير ملزم بتطبيق القانون الاجنبي لأنه صدر من مشرع اجنبي ، فالقاضي الوطني لا يمتثل إلا لأوامر مشرعة ،وهذا ما اخذ به القضاء الفرنسي و الانجليزي ، اما الاتجاه الاخر يقر ان القاضي ملزم بتطبيق القانون الاجنبي ، لان القانون الاجنبي يستمد قوته الالزامية من قواعد الاسناد الوطنية ، وهذا ما اخذ به القضاء الالماني والمصري و محكمة النقض الفرنسية حديثا غيرت من قرارها و اقتصرت التزام القاضي على الحقوق غير قابلة لتصرف، نفس الشيء بالنسبة المشرع التونسي وكذا المشرع الجزائري يؤكد التزام القاضي بالبحث في مضمون القانون الاجنبي .

القاضي عندما يتوصل الى القانون الاجنبي المختص ، و اثناء تطبيقه للقاعدة الاجنبية يمكن تواجهه عدت صعوبات في مضمونه ،يقتضي عليه اثبات محتوى القانون الاجنبي المختص ، ففي مسالة الاثبات ظهرت عدة آراء فقهية ، جانب اول يقر انه اذا كان القانون مجرد واقعة فمنه القاضي غير ملزم بإثبات مضمون القانون الاجنبي ، بل يقع الاثبات على عاتق الخصوم ، اما الجانب الثاني الذي اعطى لقانون الاجنبي صفة القانون اقروا ان القاضي ملزم بإثبات القانون الاجنبي.

عند انتهاء القاضي من مرحلة اثبات القانون الاجنبي ، تأتي مرحلة تفسيره ،ففي هذه المسالة ايضا ،ظهرت عده آراء فمنهم من يقول ان تفسير القاضي للقاعد الاجنبية يجب ان يكون وفقا لقانونه الوطني ، لأنه هو الذي يقوم بتطبيق هذا باعتباره القاضي المختص في فصل ذلك النزاع المعروض امامه و المشتمل على العنصر الأجنبي ، و الجانب الاخر يقرون ان التفسير يجب ان يكون وفقا لقانون الذي اصدر ذلك القانون ، لأنه هو الذي يعرف مقصد مشرعه ،من اجل ان يتم المساس بمضمون القاعدة القانونية الاجنبية عن طريق تحريف مقصد المشرع .

حين يطبق القاضي الوطني القانون الاجنبي،فيمكن ان يخطئ في تطبيق و تفسير القانون الاجنبي او يخطئ في قاعدة الاسناد نفسها ، فهنا يخضع ذلك القاضي لرقابة المحكمة العليا ، و هناك اتجاهات فقهية بشان رقابة المحكمة العليا ، منهم من يؤيد رقابة المحكمة ومنهم من يرفض الرقابة ، فالمشرع الجزائري في المادة 358 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية ، يقر ان القاضي الوطني يخضع لرقابة المحكمة العليا في حالة ما اذا كان موضوع النزاع يتعلق بقانون الاسرة ، ففي غير ذلك لا يخضع لرقابة المحكمة العليا.

في مجمل القول نستنتج:

1- ان القانون الاجنبي في الجزائر يحتفظ بصفته امام القضاء الوطني ولا يتحول الى مجرد واقعة رغم عدم وجود نص صريح يقر على ذلك .

2- البحث عن مضمون القانون الاجنبي يقع علي عاتق القاضي فهو ملزم بالبحث عن مضمونه .

3-القاضي ملزم بإثبات مضمون القانون الاجنبي تقائيا، لانه التزام يقع عليه طبقا للقواعد العامة في قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، مع امكانية استعانته الخصوم من اجل اثبات مضموم القانون الاجنبي .

4- القانون الاجنبي قابل لإثبات مضمونه بكل الوسائل ما عدا اليمين والاقرار.

5- تفسير القانون الاجنبي يكون وفقا للقانون الذي اصدره، ولا يكون حسب رأي قانون القاضي لان ذلك يفقد صفته الاجنبية.

6- المشرع الجزائري اتخذ موقف مزدوجا في مسالة رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الاجنبي ،حيث تقتصر الرقابة فقط على المسائل المتعلقة بقانون الاسرة و المسائل الاخرى فلا يخضع القاضي فيها لرقابة المحكمة العليا .

في الاخير هذه النتائج يمكن رصد بعض الاقتراحات يتطلب من المشرع الجزائري النظر فيها وهي كالتالي:

1- يتطلب من المشرع الجزائري تأكيد القيمة القانونية للقانون الأجنبي بنص واضح وصريح في القانون المدني الجزائري .

2- يتطلب عليه تعديل مضمون المادة 358 الفقرة السادسة من قواعد الاجراءات المدنية والإدارية المتعلق باقتصار رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبي في مسائل الاسرة فقط كالزواج و الميراث ، بحيث يجب ان تكون الرقابة تشمل جميع المسائل و لا

تقتصر فقط على مواضيع قانون الاسرة،وان يدرج الرقابة في نص قانونيا في إطار النصوص المنظمة لتنازع القوانين ، بدلا من يكون منزويا ضمن قواعد الاجراءات المدنية والإدارية .

3- يتطلب من المشرع جمع القوانين الأجنبية وجعلها في متناول القضاة الجزائريين ، وكذا تكوين القضاة من أجل إعطاء حل عادل للقضايا ذات العنصر الأجنبي.

4- يتطلب إنشاء معهد متخصص بالقانون المقارن وتزويده بجهاز ترجمة، ومع تدريس القوانين المقارنة .

قائمة المراجع

اولا – باللغة العربية

I–الكتب

1– أحمد عبد الكريم سلامة ،الاصول في التنازع الدولي للقوانين ،دار النهضة العربية القاهرة ،2008.

2–إسعاد موحند ، القانون الدولي الخاص ،الجزء الاول ، تنازع القوانين ،ترجمة فائز انجق ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر، 1989.

3– أشرف وفا محمد ،المبادئ العامة في تنازع القوانين في القانون المقارن ،بدون دار النشر جامعة القاهرة ،2002.

4– أعراب بلقاسم ،القانون الدولي الخاص الجزائري ،الجزء الأول ، تنازع القوانين ،دار هومة، الجزائر ،2001.

5– بيار ماير،فانسان هوزيه ،القانون الدولي الخاص ، ترجمة على محمد مقلد ، مجد المؤسسة الجامعية لدراسات، بيروت ،2008.

6–حسن الهداوي ، تنازع القوانين و أحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني ،دار مجدلاوى ،عمان ، 1993.

7–دربال عبد الرزاق ،الوافي في القانون الدولي الخاص ،الكتاب الاول ،النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري و المقارن ،دار العلوم ،عنابة ، 2010.

8–زروتي الطيب ،القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية ،الجزء الاول ،تنازع القوانين ،مطبعة الكاهنة ،الجزائر ،2000 .

9_ زروتي الطيب ،اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه ، دار هومة، الجزائر، 2014.

10-سامي بديع منصور ،نصري انطوان دياب ،عبده جميل غضوب ،القانون الدولي الخاص: تنازع الاختصاص التشريعي، الجزء الاول، مجد المؤسسة الجامعية لدراسات بيروت، 2009.

11- سعادي محمد ، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري ،دار الخلدونية ،مستغانم ،2009

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

13_____، الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،2009.

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

15-عبد الرسول عبد الرضا الاسدي،احكام التنازع الدولي للقوانين ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،2012.

16-عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، نظرية الالتزام بوجه عام ،الإثبات ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 1998.

17-عبده جميل غصوب،دروس في القانون الدولي الخاص،المؤسسة الجامعية لدراسات ، بيروت،2008.

18-عز الدين عبد الله، القانون الدولى الخاص ،الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين،الطبعة التاسعة ،الهيئة العامة للكتاب ،القاهرة 1986.

19- عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2010.

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

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

22-عوض الله شيبة الحمد السيد ،الوجيز في القانون الدولي الخاص ،الجنسية مركز الاجانب ،تنازع القوانين ،الطبعة الثانية ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،1997.

23-غالب علي الداودي ،القانون الدولي الخاص ،الكتاب الأول ، تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدولي ، تنفيذ الأحكام الأجنبية ، دراسة مقارنة،دار الثقافة ،عمان 2013 .

24-فضيل نادية ،تطبيق القانون الاجنبي امام القضاء الوطني ،دار هومة ،الجزائر 2001.

25-ممدوح عبد الكريم حافض عرموش، ، القانون الدولي الخاص الاردني و المقارن ، تنازع القوانين الاختصاص القضائي الدولي ،تنفيذ الاحكام الاجنبية ،مكتبة دار الثقافة، عمان ،1998.

26-مبروك بن موسي ،شرح المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص ، المغاربية ،تونس 2003 .

27–محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص،الجنسية الموطن مركز الاجانب مادة التنازع ، الطبعة الثانية ،مؤسسة الثقافة الجامعية،الإسكندرية، 1992.

28–هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الكتاب الثاني، دار الفكر الجامعي ،الاسكندرية ،2000.

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

II–الاطروحات و المذكرات

اولا – الاطروحات

1– حمزة قتال ،دور القاضي في تطبيق القانون الاجنبي في القانون الجزائري و المقارن ،اطروحة للحصول على شهادة الدكتوراه ،فرع القانون الخاص ،كلية الحقوق ،جامعة الجزائر 2011.

ثانيا –المذكرات

1_زيدون بخته ،التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الدولية الخاص ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ،تخصص القانون الدولي الخاص ،قسم الحقوق والعلوم السياسية جامعة تلمسان ،2011.

2–صوارني أمل ، تطبيق القانون الاجنبي امام القضاء الوطني ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي،قسم القانون الدولي ،كلية الحقوق ،جامعة حلب ، 2013 .

3–ضويفي عادل، القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني ،مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ،المدرسة العليا للقضاء ،2006.

4- عكوش سيهام ،القانون الأجنبي إثباتا و تفسيرا دراسة مقارنة ،ملخص مذكرة لنيل درجة الماجستير ، فرع عقود الأعمال ، كلية الحقوق ،جامعة بومرداس ،2010.

5-غيو اسامة ،اثبات القانون الأجنبي ،مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ،المدرسة العليا للقضاء،2009 .

III- المقالات

1-ابراهيم صالح الصرايرة ،علاء محمد الفواعير ،"مهمة اثبات القانون الاجنبي وفقا لتشريع الاردني"،مجلة علوم الشريعة والقانون ،المجلد 43 ،ملحق 3 ،2016 . انظر الموقع الالكتروني : www.joirnals.eud.jo

IV- المداخلات

1- علال قاسي ،"أساس تطبيق القانون الاجنبي ومركزه امام القاضي الوطني "،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة البليدة ،يوم 11 ديسمبر 2006. انظر الموقع الالكتروني www.sciences juridiques .ahlamontada.net

V- الوثائق

1-بشور فتيحة ،محاضرات في القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،تخصص القانون الخاص ،جامعة البويرة ،2017.

2- بلعيور عبد الكريم ، محاضرات في القانون الدولي الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ،2007.

3-بن عصمان جمال ،محاضرات في مقياس القانون الدولي الخاص ،السنة الثالثة قانون خاص ،كلية الحقوق و العلوم السياسة ،جامعة تلمسان ،2015 .

4-منتصر السلامي ، قاعدة القانون الافضل على ضوء مجلة القانون الدولي الخاص محاضرات ختم التمرين لمهنة المحاماة ، الفرع الجهوي ،تونس ،2007 .

VI- النصوص القانونية

اولا _ النصوص القانونية الوطنية

ا-الاتفاقيات الدولية

1-مرسوم رئاسي رقم 450 -63 المؤرخ في 14 نوفمبر 1963،يتضمن المساعدة المتبادلة والتعاون القضائي والقانوني بين الجزائر و تونس ، ،ج.ر.ج.ج،عدد 87 ، سنة 1963 .

ب النصوص التشريعية

1-امر رقم 75- 58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 ، يتضمن القانون المدني ج.ر.ج.ج،عدد 78 ،مؤرخ في 30 سبتمبر 1975 ،معدل ومتمم ،انظر الموقع الالكتروني www.joradp.dz

2- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 ،يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية،ج.ر.ج.ج،،عدد 21،صادر في 25 افريل 2008 ،انظر الموقع الالكتروني www.joradp.dz

ثانيا /النصوص القانونية الاجنبية

1-القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 انظر الموقع الالكتروني https://www.coursdroitarab.com

2-قانون عدد 97 لسنة 1998 مؤرخ في 27 نوفمبر 1998، يتعلق باصدار مجلة القانون الدولي الخاص التونسي ،انظر الموقع الالكترونيhttps://www.tunisia-sat.com

3-قانون المرافعات المدنية و التجارية المصري رقم 13 لسنة 1968 ،انظر الموقع الالكتروني : https://www.coursdroitarab.com

VII-الاجتهاد القضائي

1-المجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية ،العدد 3 ،سنة 1994 .انظر موقع الانترنت https://elmouhami.com

ثانيا/ باللغة الفرنسية

I/ Ouvrages

1-BATIFFOL Henri, Aspects philosophiques du droit international privé , Dalloz, Paris ,2002 .

2- BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, Traité de droit international 8ème édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1993 .

3-DERRUPPÉ Jean, Droit international privé, Dalloz, 14ème édition, Paris , 2001 .

4- LOUSSOUARN Yvon , BOUREL Pierre , Droit international privé ,7ème édition ,Dalloz, Paris ,2001.

5- ISSAD Mohand, Droit international privé , Les régles de conflits , 2ème édition ,Office des Publications Universitaires. ,Alger, 1983 .

II/ Textes juridiques

1-Code civil français : site web http:// www.legifrance.gouv.fr

2- Le nouveau Code de procédure civil française : http:// www.legifrance.gouv.fr

3 -Code de procédure civil allemand: https:// www. gesetze-im-internet.de

الفهرس

مقدمة ---------- 01

الفصل الأول

تكييف القانون الاجنبي امام القاضي الوطني ---------- 05

المبحث الاول :الاختلاف الفقهي و القضائي حول طبيعة القانون الاجنبي. ----- 06

المطلب الاول :الاختلاف الفقهي حول طبيعة القانون الأجنبي ---------- 07

الفرع الاول :القانون الاجنبي واقعة ---------- 07

اولا: نظرية العنصر الواقعي كأساس لاعتبار القانون الأجنبي واقعة ---------- 08

1:مضمون نظرية العنصر الواقعي ---------- 08

2:الانتقادات الموجه لنظرية العنصر الواقعي ---------- 10

ثانيا: نظرية الحقوق المكتسبة كأساس لاعتبار القانون الأجنبي واقعة ---------- 11

1:مضمون نظرية الحقوق المكتسبة ---------- 11

2:الانتقادات الموجه لنظرية الحقوق المكتسبة ---------- 12

الفرع الثاني :القانون الاجنبي قانونا ---------- 13

اولا: نظرية المجاملة الدولية كأساس لاعتبار القانون الأجنبي قانونا ---------- 14

1 : مضمون نظرية المجاملة الدولية---------- 15

2 : الانتقادات الموجه لنظرية المجاملة الدولية ---------- 16

ثانيا : نظرية الادماج كأساس لاعتبار القانون الأجنبي واقعة---------- 16

1 : مضمون نظرية الادماج ---------- 16

أ-الاندماج المادي ---------- 17
ب- الاندماج الشكلي ---------- 17
2:الانتقادات الموجه لنظرية الادماج ---------- 18
ثالثا : نظرية التفويض كأساس لاعتبار القانون الأجنبي قانونا ---------- 19
1 : مضمون نظرية التفويض ---------- 19
2 : الانتقادات الموجه لنظرية نظرية التفويض ---------- 19
المطلب الثاني :الاختلاف القضائى حول طبيعة القانون الأجنبي ---------- 20
الفرع الاول :القضاء المؤيد لنظرية القانون الاجنبي مسالة واقعة ---------- 20
اولا:القضاء الانجلوسكسوني ---------- 21
ثانيا : القضاء الفرنسي ---------- 21
ثالثا : القضاء المصري ---------- 23
الفرع الثاني : القضاء المؤيد لنظرية القانون الاجنبي قانونا ---------- 23
اولا :موقف القضاء الايطالي ---------- 24
ثانيا :موقف القضاء الألماني ---------- 25
المبحث الثاني :الموقف التشريعي من القانون الاجنبي ---------- 26
المطلب الاول :موقف المشرع الجزائري من طبيعة القانون الأجنبي ---------- 26
الفرع الاول :المشرع يعتبر القانون الاجنبي قانونا ---------- 27

اولا : القانون الاجنبي ذو طبيعة مزدوجة ---------- 28

ثانيا : المشرع الجزائري يعتبر القانون الاجنبي قانونا ---------- 29

الفرع الثاني : القضاء الجزائري يعتبر القانون الاجنبي قانونا ---------- 30

المطلب الثاني :موقف القانون المقارن من القانون الأجنبي ---------- 32

الفرع الاول :موقف القانون الفرنسي من طبيعة القانون الأجنبي ---------- 33

الفرع الثاني:موقف القانون المصري من طبيعة القانون الأجنبي ---------- 34

الفرع الثالث:موقف لقانون التونسي من طبيعة القانون الأجنبي ---------- 36

الفصل الثاني

كيفية تطبيق القانون الأجنبي ---------- 41

المبحث الاول :مدى الزامية القاضي في البحث عن القانون الأجنبي---------- 43

المطلب الاول :القاضي غير ملزم بالبحث عن مضمون القانون الاجنبي ------- 44

الفرع الاول :الفقه الرافض للالتزام بالبحث في مضمون القانون الأجنبي---------- 44

أولا:القاضي غير ملزم بالبحث في مضمون القانون الاجنبي من تلقاء نفسه ------- 45

ثانيا:القاضي يمكن له بالبحث في مضمون القانون الأجنبي ---------- 45

الفرع الثاني :القضاء الرافض للالتزام القاضي بالبحث في مضمون القانون الاجنبي -- 46

اولا :القضاء الانجليزي يمنع بالبحث التلقائي في مضمون القانون الأجنبي ------- 47

ثانيا : القضاء الفرنسي يقصر الالزام في الحقوق غير القابلة لتصرف ---------- 48

1. قاعدة الاسناد غير ملزمة حين تشير باختصاص قانون اجنبي ---------- 48

2.الالزام في جميع الحالات ---------- 51

المطلب الثاني:القاضي ملزم بالبحث عن القانون الأجنبي ---------- 54

الفرع الاول : الفقه المؤيد للالتزام القاضي بالبحث في مضمون القانون الأجنبي ----- 55

اولا : موقف الفقه الالماني من التزام القاضي بالبحث في مضمون القانون الأجنبي --- 56

ثانيا : موقف الفقه الايطالي من التزام القاضي بالبحث في مضمون القانون الأجنبي -- 56

الفرع الثاني :القضاء المؤيد من التزام القاضي بالبحث في مضمون القانون الأجنبي - 57

اولا:موقف القضاء الايطالي من التزام القاضي بالبحث في مضمون القانون الأجنبي - 57

ثانيا : موقف القضاء الالماني من التزام القاضي بالبحث في مضمون القانون الأجنبي- 58

ثالثا:موقف القضاء المصري من التزام القاضي بالبحث في مضمون القانون الأجنبي-- 59

الفرع الثالث: موقف القانون الجزائري من التزام القاضي بالبحث في مضمون القانون الأجنبي ---------- 59

أولا : تأكيد المشرع الجزائري لالتزام القاضي بالبحث في مضمون القانون الأجنبي---- 60

ثانيا : موقف الفقه الجزائري من التزام القاضي بالبحث في مضمون القانون الأجنبي -- 61

ثالثا : تأكيد المحكمة العليا لالتزام القاضي بالبحث في في مضمون القانون الأجنبي -- 62

المبحث الثاني :اثبات و تفسير القانون الاجنبي ---------- 64

المطلب الاول :اثبات القانون الاجنبي ---------- 65

الفرع الاول : عبء اثبات مضمون القانون الاجنبي ---------- 65

اولا: اثبات مضمون القانون الاجنبي يقع علي عاتق الخصوم ---------- 66

ثانيا : اثبات مضمون القانون الاجنبي يقع علي عاتق القاضي---------- 68

ثالثا :موقف المشرع الجزائري من عبء اثبات القانون الأجنبي---------- 69

الفرع الثاني :وسائل اثبات القانون الأجنبي ---------- 71

اولا: الوسائل الشفوية ---------- 72

ثانيا: الوسائل المكتوبة ---------- 73

1. الخبرة المكتوبة ---------- 73

2. نصوص القانون الاجنبي و ترجمتها ---------- 74

3. الاحكام القضائية ---------- 75

4. الانابة القضائية ---------- 76

5. المؤلفات الفقهية---------- 76

6. المعاهدات الدولية---------- 77

الفرع الثالث :القانون المطبق عند تعذر اثبات مضمون القانون الاجنبي --------- 77

اولا : تطبيق المبادئ العامة السائدة في الامم المتمدنة ---------- 78

ثانيا : تطبيق القانون الاقرب الى القانون الذي تعذر اثباته الذي تعذر

الكشف عن مضمونه ---------- 79

ثالثا:تطبيق القاضي لقانونه الوطني ---------- 80

رابعا:تطبيق القانون الذي له صلة اكثر بالنزاع ---------- 81

المطلب الثاني :تفسير القانون الأجنبي---------- 81

الفرع الاول:كيفية تفسير القاضي الوطني للقانون الأجنبي---------- 82

اولا :التفسير وفقا للقانون القاضي ---------- 83

ثانيا:التفسير وفقا للقانون الأجنبي---------- 83

الفرع الثاني :رقابة المحكمة العليا علي تفسير القانون الأجنبي ---------- 84

أولا: مبدأ رقابة المحكمة العليا علي تفسير القانون الأجنبي ---------- 85

1: الرأي المؤيد لمبدأ رقابة المحكمة العليا علي القانون الأجنبي ---------- 85

2:الرأي الرافض لمبدأ رقابة المحكمة العليا علي القانون الأجنبي ---------- 86

ثانيا :نطاق رقابة المحكمة العليا ---------- 87

1:خضوع الخطأ في اعمال قاعدة الاسناد لرقابة المحكمة العليا ---------- 87

2:خضوع الخطأ في تكييف القانون الاجنبي لرقابة المحكمة العليا ---------- 88

3:خضوع الخطأ في تطبيق القانون الاجنبي لرقابة المحكمة العليا ---------- 89

خاتمة---------- 92

قائمة المراجع ---------- 97

ملخص المذكرة

تعتبر مسالة تطبيق القانون الاجنبي امام القاضي الوطني من المسائل المهمة دوليا وذلك لتشابك العلاقات بين الافراد، مما يثير في غالب الاحيان عدة نزاعات ، لذلك اوجد المشرع الية لتنظيم تلك العلاقات وتتمثل في قواعد الاسناد، التي ترشد القاضي الى القانون الانسب لحكم النزاع ،من اجل حماية حقوق الاجانب.