

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة



ميدان الحقوق

كلية الحقوق والعلوم السياسية

تخصص قانون أسرة

قسم الحقوق

مذكرة مكملة لنيل شهادة ماستر أكاديمي

بعنوان

استبعاد تطبيق القانون الأجنبي للنظام العام والغش  
نحو القانون في مسائل الأسرة

تحت إشراف الأستاذ

إعداد الطلبة

د/عمارة عمارة

مطرفي نسيمة

جميع وردة

الصفة	الرتبة	اللقب والاسم
رئيسا		
مشرفا ومقررا		
ممتحنا		

السنة الجامعية 2021-2022

ملحق بالقرار رقم 1087/... المؤرخ في 27 جوان 2020  
الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد بوضياف - طرابلس -

نموذج التصريح الشرقي  
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

انا المصفي أسفله،  
السيد (ة): **مصطفى حسنيمة** الصفة: طالب، أستاذ، باحث **طالبة**  
الحامل (ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: **150436** والصادرة بتاريخ **2013/10/29**  
المسجل (ة) بكلية / معهد الحقوق **والعلوم السياسية** قسم **الحقوق** "تأليف أسرة"  
والمكلف (ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)،  
عنوانها: **استعداد تطويق القانون الاجنبي للنظام العام و**  
**الغش نحو القانون في مسائل الأسرة**  
أصرح بتسريقي أنني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية  
المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه .

التاريخ: 2022/06/07

توقيع المعني (ة)

## استمارة معلومات

الصورة

معلومات الشخصية:

اللقب: **مطرفي** اسم: **فهد يهيا**  
اسم ولقب الأم: **دايمية عورية** تاريخ الميلاد: **1983/09/24** مكان الميلاد: **السليح**  
رقم الهاتف: **51 - 24 - 12 - 07, 73 - 06 - 13 - 18 - 73**  
نوع الهاتف: **/**  
عنوان الشخص:

البياتوريا: **2003**

سنة الحصول على شهادة البكالوريا: **2003**

المعدل: **10** شعبة/تخصص: **آداب**

التخصص: **علوم قانونية وإدارية**

التخصص: **حقوق**

التخصص: **حقوق**

المعدل: **/**

التخصص: **حقوق**

التخصص: **حقوق**

المعدل: **(المعدل العام)**

الوضعية المهنية:

عاطل عن العمل

موظف

في حالة موظف:

قطاع خاص:

موظف عمومي

اسم المؤسسة / الشركة:

المصنعة المستخدمة: **تيسير والمستخدمين**

الترتبة في التمر: **مستشار**

الصفة: **مستشار**

نوع العقد:

موظف في إطار عقود:

موظف دائم:

أعضاء الطالب





الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد بوضياف - الطاسيلي -

نموذج التصريح الشرفي  
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا المعني أسفله.

السيد(ة): حبيب وردة الصفة: طالب. أستاذ. باحث طالبة  
الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 298615 والصادرة بتاريخ: 16.09.2018  
المسجل(ة) بـ كلية / معهد الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق - قاعة أ. حسرة  
والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه).  
عنوانها: استخدام تطبيقات القانون في القضايا العائلية والعنف ضد المرأة  
في مسائل الأسرة

أصبح بشرفي أنني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية  
المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 2020.06.07

توقيع المعني (ة)

## استمارة معلومات



معلومات الشخصية:

الاسم: **وردة**

اللقب: **جميع**

اسم الاب: **خليفة**

اسم ولقب الام: **جميع عائشة**

تاريخ الميلاد: **1981/02/13**

رقم الهاتف: **06.72.52.35.66**

عنوان البريد الإلكتروني: **حسام الضلع**

العنوان الشخصي:

البكالوريا:

المعدل:

الشعبة/التخصص:

سنة الحصول على شهادة البكالوريا: **2007**

التخصص:

تخصص التمهيد: **علوم قانونية وإدارة** الدرجة سنة التخرج: **2013**

المعدل:

تخصص التمهيد: **ق. أسرة** الدرجة سنة التخرج: **2011**

المعدل الرئيسي للتمهيد: (المعدل العام)

توضيح المهنة:

موقف:

عملك عن العمل:

في حالة موقف:

وظيف صومري:

قطاع خاص:

تمسحة مستخدمة:

سم المؤسسة / الشركة:

ترتبة في العمل:

الصيغة:

موقف دائم:

موقف في إطار عقود:

نوع العقد:

امضاء الطالب

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# التشكرات

نتقدم بشكرنا الخالص للأستاذ الفاضل الدكتور عمارة عمارة الذي تفضل  
بالإشراف على هذا البحث ولم يبخل علينا بوقته الثمين ومد لنا يد  
العون بتوجيهاته القيمة وملاحظاته الدقيقة

# إهداء الطالبة مطرفي نسمة

إلى.....

الوالدين الكريمين حفظهما الله

أمي جنتي

أبي سندي

عائتي الصغيرة

زوجي الذي وقف بجانبني وشجعني

إلى فرحتي وسعادتي طفلي صغيري ريان حفظه الله ورعاه

إلى كل إخواني وأخواتي

# إهداء الطالبة جميع وردة

إلى.....

والديا الأعرء الذين صهروا وتعبوا من أجلي حفظهما الله

إلى.....

كل عائلتي إخواني و أخواتي إلى ابن أخي أمير وإبنت أختي جناة الرحمان

إلى.....

الكتكوتين أسيل و ادم

إلى

أستاذي الفاضل بن حليلة الصالح أطال الله في عمره

## مقدمة:

لقد خول المشرع الجزائري حسب مآقررته قواعد الإسناد في المواد من 09-24 من القانون المدني المعدل و المتمم ، و ما ورد في قانون الإجراءات المدنية للقضاء الجزائري المختص أن يفصل في النزاعات المشتملة على عنصر أجنبي و هذا بتطبيق القانون الوطني الجزائري أو تطبيق القانون الأجنبي على تلك النزاعات، فالأمر هذا يتوقف على حسب ما تشير إليه قواعد الإسناد الواردة في نصوص القانون المدني المشار إليها أعلاه.

إلا أنه في الحالة التي يتعين فيها تطبيق قانون أجنبي معين بحكم النزاع المشتمل على عنصر أجنبي ، و بعد رجوع القاضي الجزائري لمحتوى ذلك القانون يتضح لديه أن قاعدة الإسناد الجزائرية قد أشارت إلى تطبيق قانون أجنبي تتعارض أحكامه مع المبادئ الجوهرية و الأركان الأساسية و تلك الأسس العامة التي يقوم عليها نظام المجتمع الجزائري فيكون القانون الأجنبي في هذه الحالة في وضعية قانونية تتناقض تماما مع المبادئ الأساسية المقدسة في القانون الجزائري، مما يستوجب على القاضي الجزائري هنا المثار أمامه هذا النزاع استبعاد تطبيق ذلك القانون الأجنبي باسم النظام العام و الآداب العامة.

كما يتضح لدى قاضي النزاع المشتمل على عنصر أجنبي أن اختصاص قانون أجنبي معين للفصل في النزاع المطروح عليه نشأ عن طريق تحايل أطراف العلاقة القانونية و تلاعبهم بقاعدة الإسناد الجزائرية ، نتيجة قيامهم بإحداث تغيير في ضوابط الإسناد بنية الإفلات من أحكام القانون المختص أصلا بحكم هذه العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي.

و بناء عليه يتعين على القاضي الجزائري أيضا أن يستبعد تطبيق القانون الأجنبي المختص بسبب اللجوء للغش من قبل أحد أطراف النزاع، ليخضع بعدها العلاقة القانونية محل النزاع للقانون الواجب تطبيقه عليها أصلا لو لم يقع ذلك الغش .

ومن هذا المنطلق اتضح لدينا جليا بأن هناك حالتين أساسيتين لاستبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع المعروض أمام القاضي الجزائري عملا بالنص الجديد للمادة 24 من القانون المدني المعدل و المتمم كما يأتي بيانه.

إضافة للحالتين السابقتين هناك حالات أخرى اختلف بشأنها الفقه و التشريع تستدعي في نظرنا استبعاد القانون الأجنبي و عدم تطبيقه رغم اختصاصه بحكم النزاع

أمامالقاضي الجزائري، وهذا ماتم معالجته في هذا البحثع إبراز رأيينا الشخصي فيما يتعلق بمدى ضرورة اعتماد هذه الحالات صراحة في التشريع الجزائري والعمل بهذا قضائيا كذلك . وتأسيسا على ماسبق تتطلب معالجة هذا الموضوع الإجابةعلى الإشكالية التالية

**إشكالية البحث:**

يشير هذا البحث إشكالية قانونية تتمثل في كيفية تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي ؟ وكيف يتوصل إلى مضمون القانون الأجنبي ؟و ما هي طرق إثباته؟

**أهداف البحث:**

يهدف البحث إلى الوقوف على معاملة القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني و موقف كلا من الفقه و القضاء و إمكانية تطبيق قاعدة أجنبية أمام القاضي الوطني ، و التعرف على كيفية إثبات هذا القانون و معرفة و سائل إثباته.

#### **مناهج البحث:**

وقد اعتمادا في هذا البحث على منهجين المنهج الوصفي الذي يتجلا من خلال ما يتم صبه من معلومات بالإضافة الى دراسة كل ماله صلة بالموضوع ، وعرض اراء الفقهاء و أدلتهم و المنهج التحليلي الذي يعتمد أساسا على التحليل الدقيق للنصوص القانونية التي ذكرت في هذا البحث و الأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن

#### **أهمية البحث:**

ترجع أهمية البحث إلى تبين أهمية العلاقات الخاصة التي قد تنشئ بين أشخاص القانون الخاص على المستوى الدولي و ما قد يترتب على هذه العلاقات من حقوق و التزامات تحتاج إلى الحماية القضائية ، لاسيما و اننا أصبحنا نعيش في قرية صغيرة مما كان له الأثر البالغ في كثرة العلاقات ذات العنصر الأجنبي التي يتنازع لحل المنازعات التي تنتج عن تلك العلاقات قوانين كثيرة نحتاج منها واحد فقط ليكون هو الأنسب لحل النزاع المعروف على القاضي الوطني وهذا ما سنتطرق له وفق البحث الذي تم تقسيمه وفق الخطة التالية:

## مقدمة

**الفصل الأول:مدى اعتبارالقانون الأجنبي كواقعة**

**المبحثالأول:أثر اعتبار القانون الأجنبي مسألة واقعة**

**المطلبالأول:دور الخصوم في إثبات مضمون القانون الأجنبي**

**المطلبالثاني:إثبات مضمون القانون الأجنبي يقع على عاتقالخصم الذي  
يتمسك بتطبيقه.**

**المبحثالثاني:طرق إثبات مضمون القانون الأجنبي ومدى رقابة محكمة النقض له**

**المطلبالأول:طرق إثبات مضمون القانون الأجنبي**

**المطلب الثاني: مدى رقابة محكمة النقض له**

**الفصل الثاني:حالاتاستبعاد القانون الأجنبي**

**المبحث الأول: استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام**

**المطلبالأول:مفهوم النظام العام و قواعد الإسناد**

**المطلب الثاني:شروط الدفع بالنظام العام و القوانين ذات التطبيق الخاص**

**المطلب الثالث: آثار الدفع بنظام العام**

**المبحث الثاني:الدفع بالغش نحو القانون**

**المطلبالأول: مفهوم الغش نحو القانون و شروطه**

**المطلب الثاني:مقارنة الغش نحو القانون بالنظام العام**

**المطلب الثالث: آثار الدفع بالغش نحو القانون**

**الخاتمة**

## الفصل الأول: مدى اعتبار القانون الأجنبي كواقعة

يتجه بعض الفقه و القضاء إلى أن تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني يعتبر من المسائل الواقعية المادية ومعنى الواقعة في هذا المقام هو وجود القاعدة القانونية حيث يتجه أصحاب هذا الاتجاه إلى أن القانون الأجنبي ليس له نفس قوة القاضي الوطني وإنما مجرد واقعة لان هذا الأخير يستمد قوته في الدولة المشرعة له ويجد هذا الاتجاه التقليدي مبرراته في الفارق الموجود بين القانونين من حيث افتراض العلم بهما وان افتراض علم القاضي الوطني بالقانون الأجنبي تكتسيه صعوبات عملية خاصة إذا كان هذا القانون غير مكتوب أو عندما تكون الحلول القضائية بشأن مسألة ولمدة مختلفة و إذا كان القانون الوطني لا يحتاج إلى إثبات فإن القانون الأجنبي يجب إثباته و اعتباره واقعة مادية .

فإذا طبقنا هذا الاتجاه على القانون الأجنبي أي اعتبرناه مجرد واقعة بعد ان أشارت قاعدة الإسناد الوطنية باختصاص بحكم النزاع المشتمل على عنصر أجنبي فإن هذا له أثر سواء من حيث إثباته او من حيث تفسيره

### المبحث الأول: أثر اعتبار القانون الأجنبي مسألة واقع على إثباته

في المنازعات الداخلية يجد القاضي الادعاء بحق معين يتضمن عنصرين هما عنصر الواقع و عنصر القانون .

فالعنصر الأول يتكفل الخصوم بإيضاحه للقاضي ويقع عليهم عبء إثباته، أما العنصر الثاني فهو من اختصاص القاضي الذي يقوم بتطبيقه على ما ثبت لديه من وقائع. أما إذا انتقل الادعاء بعنصره الواقع و القانون من النزاعات الداخلية إلى النزاعات الخاصة الفردية الدولية فيثور السؤال حول مدى تتبع نفس الطريقة؟

ففي القانون الدولي الخاص وبعد أعمال القاضي قاعدة الإسناد على النزاع المشتمل على عنصر أجنبي و التي قد تشير باختصاص قانون القاضي ففي هذه الحالة لاتوجد أي مشكلة حيث يقوم القاضي بتطبيقه لكونه عالما بمضمونه ففي هذا الصدد يرى الاتجاه الذي يعتبر القانون الأجنبي مجرد واقعة بأن مشكلة البحث عن مضمون هذا الأخير و إثباته يقع على عاتق الخصوم وهذا ماسوف

نتطرق له في (المطلب الأول) وإذا كان يقع على عاتق الخصوم عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي فإن هذا يعني أنه يقع على عاتقهم تقديم الوثائق المثبتة لمحتواه وهذا بلا شك يقودونا للتساؤل عن طريق إثبات الخصوم لمضمون القانون الأجنبي (المطلب الثاني).

### **المطلب الأول: دور الخصوم في إثبات مضمون القانون الأجنبي**

تعد مشكلة إثبات مضمون القانون الأجنبي و التعرف على مضمونه من أبرز المشاكل في القانون الدولي الخاص التي تطرق لها الفقه و القضاء من مختلف أنحاء الدول ، فالفقه و القضاء الذي جعل القانون الأجنبي مجرد واقعة و ثم رابط طبيعته هذه بالإثبات جعل عبء إثبات مضمونه واقعا على عاتق الخصوم.

إن معاملة القضاء القانون الأجنبي معاملة الواقع يرجع إلى تأثير هذا الأخير بالفقه الذي لا يعتبر القانون الأجنبي قانونا بالمعنى الصحيح وإنما هو واقعة من وقائع الدعوى التي يتوجب على الخصوم إثارته و التمسك به و إثبات مضمونه، ولكن أي من الخصوم يقع عليه هذا العبء فهناك قضاء بعض الدول من رأى أن عبء إثباته يقع على الخصم الذي يدعي اختلاف مضمون القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني، أما بعض القضاء فجعل عبء إثباته يقع على عاتق الخصم الذي يتمسك بتطبيقه.

### **الفرع الأول: المدارس الفقهية التي تعتبر القانون الأجنبي مجرد واقعة**

إن مسألة تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني و أساس هذا التطبيق أثارت جدلا في الفقه المقارن وبرزت عدة آراء و نظريات بهذا الصدد حيث ان البعض يري ان تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني من المسائل الواقعية و هذا ظهر في كل من المدرسة الفرنسية و نظرية الحقوق المكتسبة وفيما يلي سنبين كل منهما والنقد الموجه إليهما.

## أولا : المدرسة الفرنسية:

المضمون النظرية: يجب أن نشير أولا إلى أن الفقه الفرنسي عالج مشكلة تطبيق القانون الأجنبي بطريقة مختلفة فهو لم يهتم بأساس تطبيق القانون الأجنبي بقدر ما اهتم بالبحث عن طبيعة القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني المقارنة مع القانون الفرنسي.

المبدأ الذي تقوم عليه هذه الدراسة هو أن القاضي الأجنبي ليس له قوة القاضي الوطني و إن كان القاضي الوطني يطبقه فليس لوصفه قانونا يلزمه به المشرع الأجنبي فهو لا يذعن إلا لأوامر المشرع الوطني ولكنه يطبقه بصفة واقعة فقط دون أن يكون له أي صفة للإلزام خارج حدود دولته.

وقد تزعم هذا الاتجاه في فرنسا الأستاذ باتيفول الذي يرى أن كل قاعدة قانونية تتكون من عنصرين:

- 1- عنصر مادي أو عقلي: يتمثل في مضمون القاعدة ومن كونها قاعدة عامة أو مجردة
- 2- عنصر معنوي: وهو عنصر الأمر و الالتزام الذي يكسب القاعدة قوتها الملزمة.

والقاعدة القانونية تتمتع بهذين العنصرين في بلد المشرع الذي أصدرها ولكن متى خرجت هذه القاعدة خارج حدود دولتها وطرحت أمام قاضي آخر بوصفها قانونا أجنبيا فإنها تحتفظ بالعنصر المادي فقط وتفقد العنصر الثاني وهو عنصر الإلزام وتصبح بمثابة حكم عام يطبقه القاضي بوصفه واقعة ثبت وجودها أمامه.

- ويشبه الأستاذ باتيفول تطبيق القاضي للقاعدة الأجنبية بتطبيقه للوائح الشركات حيث ان كلاهما قواعد عامة تطبق في حالات خاصة ولكنها قواعد غير صادرة عن المشرع الوطني ويعوزها عنصر الأمر وبالتالي ليس لها صفة القانون.

ويترتب على معاملة القانون الأجنبي كواقعة حسب الأستاذ باتيفول النتائج التالية:

- لا يطبقه القاضي من تلقاء نفسه بل لابد من تمسك الخصوم به و إثارته صراحة أمامه
- تقع على عاتق الطرف الذي تمسك بتطبيق القانون الأجنبي مهمة إثبات مضمونه كإثباته لأي واقعة في الدعوى و إلا طبق القاضي القانون الفرنسي.
- لا يجوز للمحكمة أن تحكم بعملها الشخصي بمضمون القانون الأجنبي.

-لا يجوز للمحكمة أن تحكم بسلطة كاملة في إثبات و تفسير القانون الأجنبي ولا تخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض الفرنسية.

**ب/نقد النظرية:** من ابرز الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية :

-هي أنها تقوم على أساس خاطئ فمن غير المعقول أن القاعدة القانونية تفقد صفتها كقانون وتتحول إلى مجرد واقعة بمجرد عبورها الحدود و تطبيقها من طرف قاضي ينتمي إلى نظام قانوني آخر فهذا كلام يقوم على الفرض و المجاز ولا يصح التسليم به، فالقاعدة القانونية تحتفظ بجوهرها ولا تتغير طبيعتها سواء طبقها القاضي الذي تنتمي إليه القاعدة أم لا ، وعلى فرض تسليمنا بهذا التصور الخيالي و إقرارنا بأن القاعدة تفقد صفتها القانونية وتتحول إلى واقعة فلماذا لانسلم بأن هذه القاعدة تسترد هذه القوة بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية؟

- كما اخذ على هذه النظرية تشبيه الأستاذ **باتيفول** القانون الأجنبي بلوائح الشركات أو العقود فهذا تشبيه خاطئ وذلك انه رغم كون القاعدة القانونية الأجنبية تستمد قوتها الملزمة من قاعدة الإسناد إلا أنها قاعدة عامة و مجردة ولا تتغير طبيعتها إذا ما طبقت أمام القضاء الوطني أم لا ، أما اللوائح الشركات تستمد قوتها القانونية من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين و بهذا لا تكون قواعد عامة ومجردة يخضع لها كافة الناس.

فالبر جوعالي المادة 1134 مدني فرنسي و المادة 1/147 من القانون المدني المصري نجد أن العقد يستمد قوته الإلزامية من خلال هذه المواد والتي تنص على ان العقد شريعة المتعاقدين.

-كما إنالأخذ بهذا الحل سيؤدي إلى نتائج ضارة بالعلاقات الخاصة الدولية فهو يستنتج بالضرورة إهدار قاعدة الإسناد وذلك لان القاضي الوطني لن يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه بالإضافة إلى ندرة تطبيق القانون الأجنبي خاصة وان تطبيقه و تفسيره لن يخضع لرقابة المحكمة العليا حسب هذا المذهب.

إن جل هذه الانتقادات أدتبالأستاذباتيفولإلى التراجع عن موقفه في اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة مقرر انه كان يقصد وراء ذلك معاملة القانون الأجنبي من ناحية إثباته معاملة الواقع و قد أيدته جانب آخر من الفقه في هذه النقطة قائلين بأن القانون يظل محتفظا

بطبيعته القانونية ولكن مع معاملة هذا الأخير معاملة الواقع نظرا لل صعوبات التي يلقاها القاضي في البحث عن مضمونه.

ويرجع سبب اعتبار الفقه التقليدي القانون الأجنبي مجرد واقعة نظرا لإدراج القانون الأجنبي تحت التقسيم الإجرائي المشهور لعناصر القضية الوقائع من جهة والقانون الوطني من جهة أخرى ذلك أنه لما تبين لهذا الفقه أن القضاء لايعامل القانون الأجنبي معاملة مشابهة تماما للقانون الوطني استخلص من ذلك انه لايعتبره قانون ومن ثم فهو عنصر من عناصر الواقع غير أن التقسيم المطلق لعناصر الدعوى إلى فئتين واعتبار كل ما لا تشمله إحداها يدخل بالضرورة في الفئة الأخرى فهو تقسيم متعلق بالمنازعات الداخلية فقط و أعماله في نطاق المنازعات الدولية يؤدي الى تجاهل طبيعة هذه المنازعات وما يترتب عليها من ظهور عنصر جديد لم يكن في حساب الفقه التقليدي وهو القانون الأجنبي.

-إن هذا الفقه يرتكز على مبدأ السيادة الدولية فهو يرى أن تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي فيه إهدار لسيادة الدولة و إذعان لأوامر المشرع الأجنبي إلا أن هذه الفكرة لا تتسجم مع طبيعة العلاقات الدولية الخاصة ومصالح الأفراد<sup>1</sup>

### ثانيا: نظرية الحقوق المكتسبة:

مضمون النظرية: سادت نظرية احترام الحقوق المكتسبة في الفقه الانجلو سكسوني ، وقد طبقها القضاء الانجليزي ثم لقيت رواجاً وقت ظهورها وتأثر بها الفقه الأوربي ، وتبعاً لهذه النظرية لايطبق القاضي القانون الأجنبي بهذه الصفة ، إنما يتمثل عمله في الاعتراف بالحق الذي اكتسب طبقاً لهذا القانون .

### 1- تطبيق القاضي لواقعة اكتسبت في الخارج:

تقوم نظرية احترام الحقوق المكتسبة على مبدأ أساسي وهو ان أي قانون إقليمي النطاق لايمتد سلطته خارج حدود الدولة التي أصدرته وداخل تلك الحدود يسري على كل الأشخاص و الأشياء و الوقائع ، وهذا الطابع الإقليمي يجعل سلطة القانون وكذلك القضاء في الدولة قاصرة و مانعة لسلطة اي قانون آخر ، إذا منظم حق او مركز قانوني معين طبقاً للقانون الإقليمي فيجب ان يلقى اعترافاً من جانب النظم القانونية للدول الأخرى.

<sup>1</sup>الطالبة أمل صوراني-بحث أعد لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي ، تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني ، جامعة حلب ، كلية الحقوق، ص ص 12-14

-وفقا لهذه النظرية لابد لنفاذ الحق من الوجهة القانونية في ظل قانون أجنبي أن تتوفر عدة شروط هي:

\* أن يكون الحق قد تم اكتسابه فعلا.

\* أن يكون هذا الحق تم اكتسابه وفقا للأصول المبنية في قانون البلد الأصلي للحق.

\* أن يكون القانون الذي اكتسب الحق بمقتضاه مختصا دوليا.

لكن الملاحظ أن هذه الشروط ليست كافية للاعتراف بالحق المكتسب في كل الأحوال ، فإطار هذا الاعتراف محدود بإطار من القيود يمكن إجمالها في ثلاثة قيود رئيسية وهي:

-خضوع الحق للقانون الذي اكتسب في ظله من حيث طبيعته وما يتصف به من أوصاف وما يقع عليه من أعباء.

- خضوع الحق المكتسب للنظام العام في الدولة المراد الاعتراف فيها بهذا الحق.

- اقتصار الاعتراف بالحق المكتسب على ما يكون قد خلا من فكرة الغش نحو القانون .

وعلى هذا الأساس يكون دور القاضي الوطني المعروض عليه النزاع ليس البحث عن القاعدة الموضوعية الواجبة التطبيق على النزاع بل يقتصر على التحقق من اكتساب حق معين وفقا لقانون أجنبي بصفة صحيحة.

-فالقاضي الوطني لا يطبق القانون الأجنبيامثالا لأمر واضعه و إنما يأخذه في الاعتبار فقط كي يتحقق من قيمة الحق أو المركز القانوني الذي اكتسب وفقا له ، اي يستشير ليتأكد من صحة هذا الاكتساب ، وحتى في هذه الحالة لا يقر له الصفة القانونية بل باعتباره عنصرا واقعيا ، وكأن الاعتراف بهذا القانون هو اعتراف بواقعة نتجت تحت سلطانه لصاحب الحق بواسطة قاعدة الإسناد الوطنية

## نقد النظرية: الاعتراف بالحق اعتراف بالقانون الذي أكتسب فيه

لاشك في أن النظرية احترمت الحقوق المكتسبة قد ساهمت بنصيب في تبرير تطبيق القانون الأجنبي إلا أنها انتقدت من عدة جوانب منها:

- أنها تقوم على أساس مبدأ الإقليمية بمفهوم ضيقاً نصارها ينظرون إلى القانون الإقليمي نظرة ضيقة فهم يضمنون أن القانون الإقليمي الذي تطبقه محاكم الدولة ليس إلا مجموعة القواعد الموضوعية التي تحكم التصرفات و الأفعال التي تحدث داخل نطاقها في حين ان القانون الإقليمي لايشمل هذه القواعد وحدها بل يضم أيضاً قواعد التكيف وقواعد الإسناد ، فإذا كانت المحكمة الانجليزية تقضي في صحة عقد عقده أجنبيا في باريس وفقا لقواعد القانون الفرنسي مثلا فإنها تطبق قاعدة فرضها القانون الانجليزي، فهي جزء من القانون الإقليمي في إنجلترا موضع التنفيذ.

- إنها غير شاملة، إذ تقتصر على تفسير تطبيق القانون الأجنبي على مجال واحد فقط وهو مجال الحقوق المكتسبة في حين أن تطبيق القانون الأجنبي يكون غالبا في مرحلة نشوء الحق، فقد يكون القانون الأجنبي مصدرا لنشوء أوضاع جديدة غير موجودة سابقا، وان المنازعة في هذه الأوضاع تعني البحث طبقا لقانون معين تحدده قاعدة الإسناد ما إذا كانت الشروط المطلوبة لنشأتها قد توافرت فيها أم لا.

وعليه فإن الأخذ بهذه النظرية يقصر مهمة القاضي في التحقق فيما إذا كان الحق قد صار مكتسبا أم لا، وذلك يجعل القانون الأجنبي لا يعدو وأن يكون مجرد واقعة يبحث القاضي عن وجودها، في حين أن مهمة القاضي هي إنشاء الحق أو الاعتراف بحق وذلك بتطبيق القانون الأجنبي المختص عليه.

- أنها تقوم على منطق نظري مثالي وليس على منطق عملي لأنه سواء استثار القاضي الوطني القانون الأجنبي او اعترف بحق مكتسب وفقا له ففي الحالتين يعد اعتراف بحق مكتسب وفقا له ففي الحالتين يعد اعترافا حقيقيا بهذا القانون وتطبيقا له، أضف أنه لايمكن للقاضي الوطني التحقق من صحة إكساب الحق أو المركز القانوني إلا إذا عرف مقدما القانون الذي اكتسب هذا الأخير في ظلّه.

-وعليه فإن مسألة الاعتراف بحق أو مركز قانوني ما نشأ في الخارج لا تستقل عن مسألة الاعتراف بالقانون الأجنبي ذاته الذي نشأ في ظل هذا الحق، فالاعتراف بالحق أو المركز القانوني المكتسب في ظل قانون أجنبي ما، يعني في واقع الأمر اعترافاً بهذا القانون<sup>1</sup>

## الفرع الثاني: إثبات مضمون القانون الأجنبي يقع على من يدعي اختلاف مضمونه عن أحكام القانون الوطني

في النظام الانجليزي لا يوجد ما يلزم القاضي صراحة بالامتناع عن تطبيق قاعدة الإسناد في حالة عدم تمسك الخصوم بها إلا أن القضاء لجأ إلى حيلة قانونية من شأنها منع القاضي من تطبيق القانون الأجنبي وهي افتراض تطابق وتشابه أحكام القانون الأجنبي مع القانون الانجليزي حيث يطبق القاضي الأحكام الموضوعية في قانونه الوطني مباشرة على النزاع و على الفريق الذي يرغب في تجنب تطبيق القانون الانجليزي على النزاع أن يثبت مضمون القانون الأجنبي أما إذا عجز عن ذلك فيعتبر القانون الأجنبي مطابق للقانون الانجليزي ويتم الفصل في النزاع على أساسه.

إلا ان هذه القرينة قابلة لإثبات العكس فهي مقبولة من جهة أن الفقه و الاجتهاد يعترفان بصلاحيه قانون القاضي النزاع عندما لا يكون بالمستطاع التوصل إلى معرفة و إثبات مضمون القانون الأجنبي رغم استفاد كل الوسائل الممكنة إلا أن هذه القرينة غير مقبولة من جهة أخرى وهي ان يستغرق تطبيق القانون الوطني تطبيق القانون الأجنبي فالقانون سواء كان وطني أم أجنبي لا يجب تطبيقه إلا إذا كان مختصاً و معيناً أما القول بغير ذلك يتنافى مع تقنية تنازع القوانين حيث لا وجود لقرينة لمصلحة قانون على حساب قانون آخر وقد أخذ بهذا الحل القضاء الفرنسي في مرحلة سابقة حيث اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة الإسناد يقع على عاتق الخصم الذي يدعي اختلاف مضمون هذا القانون عن أحكام القانون الوطني الفرنسي حيث رأت أنه لا تثريب على قضاء الموضوع تطبيقهم القانون الفرنسي على النزاع و عدم تطبيقهم القانون الأجنبي الذي أثار تطبيقه المدعى عليه لأنه لم يقدّم بآثبات اختلاف مضمون القانون الأجنبي المختص عن أحكام القانون الفرنسي<sup>2</sup>

<sup>1</sup> حمزة قنات ، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين ، دار هومة ، الجزائر ، ص ص 232-235  
<sup>2</sup> سامي بديع منصور ، الوسيط في القانون الدولي الخاص، بيروت 1994، ص 672

محكمة النقض المصرية تعرضت لهذه المشكلة في حكمها الصادر بتاريخ 17 ايلول 1955 والذي جاء فيه " أن التمسك بتشريع أجنبي أمام هذه المحكمة لا يعدو أن يكون واقعة يجب إقامة الدليل عليها ولا يغني في إثباتها تلك الصورة العرفية التي استند إليها الطاعنان بملف الطعن"

واستنتج الفقه المصري من هذا الحكم أنه على من يتمسك بنص تشريعي أجنبي قديم دليل رسمي لإثبات هذا التشريع<sup>1</sup>

اتجاه المحاكم اللبنانية يتفق مع موقف القضاء المصري رغم أن هذا الحكم يخالف اتجاه غالبية الفقهاء إلا أن محكمة النقض اللبنانية تمسكت برأيها هذا في حكم لها بتاريخ 21 تموز 1967 وجاء فيه (أن الإسناد إلى القانون أجنبي لا يعد وان يكون مجرد واقعة وهو ما يوجب على الخصوم إقامة الدليل عليها إذا كان ذلك ممكنا و كان الطاعنون لم يبينوا القانون اللبناني الذي يتمسكون به اكتفاء بقولهم انه قانون لأخير الخاص بالوصية ولم يقدموا دليل عليه فإن النعي بهذا السبب يكون غير مقبول)

وهذا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية في قضية (BISBAL) حيث قررت أن قواعد تنازع القوانين لا تتعلق بالنظام العام على الأقل حين تشير باختصاص قانون أجنبي بمعنى أن على الخصوم التمسك بتطبيق هذا القانون وعلى ذلك فلا مؤاخذة على قضاة الموضوع عدم تطبيقهم القانون الأجنبي من تلقاء أنفسهم ورجوعهم إلى القانون الفرنسي الداخلي و الذي له صلاحية لحكم جميع علاقات القانون الخاص .

ويبدو من هذا القرار أن قواعد التنازع القوانين لا تتعلق بالنظام العام إذا أشارت باختصاص قانون أجنبي و هذا يعني ان قاضي الموضوع غير ملزم بتطبيقه من تلقاء نفسه وفي إطار ألقاء العبء إثبات مضمون القانون الأجنبي على الخصم الذي يدعي اختلاف مضمونه عن أحكام القانون الوطني. ذهبت محكمة النقض الفرنسية مؤخرا إلى التمييز بين نوعين من الحقوق هما:

أ/ الحقوق التي لا يجوز للأطراف التصرف فيها: وهي المواد المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية ، حالة الأشخاص ، الزواج ،..... فالقاضي هنا ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد حتى ولو أدت إلى تطبيق قانون أجنبي و ملزم بالبحث عن مضمونه.

<sup>1</sup> د/ هشام علي صادق ، الموجز في القانون الدولي الخاص ، الإسكندرية 1993 ، ص 148

ب/الحقوق التي يجوز للأطراف التصرف فيها: وهي المواد التي يكون للأطراف الذي يثير مسألة تطبيق القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد الوطنية عندما يتعلق الأمر بحقوق يجوز التصرف فيها ، عليه أن يثبت أن أحكام هذا القانون تؤدي إلى نتيجة مختلفة عن النتيجة التي يؤدي إليها القانون الفرنسي وفي غياب ذلك فإن القانون الفرنسي هو الذي يطبق بسبب طابعه الثانوي ، أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فقد ميز المشرع بين القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة و بين القانون الأجنبي غير المتعلق به حيث تنص المادة(2/358) قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري ان من بين الحالات التي يبني عليها الطعن بالنقض حالة مخالفة القانون المتعلق بقانون الأسرة، ومفهوم المخالفة لهذه المادة يفهم ان المشرع يعتبر القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة قانون و القانون الغير متعلق به مجرد واقعة مما يؤدي إلى عدم اعتبار قاعدة الإسناد من النظام العام عندما يتعلق الأمر بنزاع غير متعلق بقانون الأسرة . وبالتالي يتوجب على الخصوم إثارة تطبيقه وإثبات مضمونه أما إذا كان النزاع متعلق بقانون الأسرة فإن القضاة ملزمين بتطبيقه البحث عن مضمونه

- وإذا بحثنا عن الفرق بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي نجد أن محكمة النقض الفرنسية توجب على الخصم الذي يتمسك باختصاص قانون أجنبي إثبات مضمونه وإثبات اختلاف مضمونه عن أحكام القانون الفرنسي عندما يتعلق الأمر بحقوق يمكن للأطراف التصرف فيها.

أما المشرع الجزائري فلم يشترط إثبات اختلاف أحكام القانون الأجنبي المختص عن أحكام القانون الجزائري عندما يتعلق الأمر بغير قانون الأسرة واشترط فقط تمسك الخصم بتطبيق القانون الأجنبي وإثبات مضمونه.

المشرع التونسي أخذ بالتمييز الذي جاء به القضاء الفرنسي وميز بين الحقوق التي يجوز التصرف فيها والحقوق التي لا يجوز التصرف فيها وألزم الخصم بإثبات القانون الأجنبي إذا تعلق الأمر بحقوق يجوز التصرف فيها دون أن يشترط وجود اختلاف بين القانونين<sup>1</sup>

<sup>1</sup>الطالبة أمل صوراني-بحث أعد لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي ، تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني ، جامعة حلب ، كلية الحقوق،ص ص

## المطلب الثاني:

**إثبات مضمون القانون الأجنبي يقع على عاتق الخصم الذي يتمسك بتطبيقه**

هناك قضاء بعض الدول من جعل عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي واقع على الخصم الذي يتمسك بتطبيقه، مع اختلاف هذا القضاء في تحديد الخصم الذي يقع عليه هذا العبء (أولاً) غير أنه ونظراً للانتقادات الموجهة إلى أصحاب هذا الاتجاه نجد أن كل من الفقه و القضاء حاول تخفيف من شدته بالسماح للقاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي و إثباته إذا كان عالماً به دون أن يرقى ذلك إلى حد الإلزام (ثانياً)

### **الفرع الأول: الخصم الذي يقع عليه إثبات مضمون القانون الأجنبي:**

بعض الفقهاء ذهب إلى أن إثبات مضمون القانون الأجنبي يقع على الخصم الذي يدعي الحق المطالبة به بينما ذهب البعض الآخر إلى إن إثباته يقع على عاتق الخصم الذي يتمسك بتطبيقه دون تحديد

**أ/ إثبات مضمون القانون الأجنبي يقع على الخصم الذي يدعي الحق المطالب به:**

بعض الأحكام الفرنسية ذهبت إلى إلقاء عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي على عاتق المدعي بالحق المطالب به أي صاحب المصلحة في النزاع حيث أن محكمة التمييز الفرنسية نقضت قرار محكمة استئناف "كان" الذي طبق القانون الفرنسي في دعوى المسؤولية عن فعل الأشياء مع أن القانون الواجب تطبيقه هو قانون مكان وقوع الحادث الضار وهو في هذه القضية القانون الإسباني على أساس أن المدعى عليه لم يثبت مضمون القانون الإسباني الذي تمسك بتطبيقه وجاء في حيثيات قرار محكمة النقض:

" لا يحق لقضاة الموضوع نقل عبء إثبات القانون الأجنبي إبعاد قراراته المتعلقة بتنظيم التنازع عن رقابة محكمة النقض بحجة عدم إثبات المدعي عليه لنصوص القانون الإسباني الذي يستند إليه ادعاءاته في حين أن الضحية طالبة التعويض والتي يقع عليها عبء إثبات أن القانون الواجب التطبيق يمنحها حق المطالبة بالتعويض لم تنازع في تفسير القانون الإسباني كما تمسك به المدعى عليه واكتفت بإسناد دفاعها إلى أحكام المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي "

ويفهم من القرار الصريح الذي يحدد الفريق الذي يقع عليه إثبات مضمون القانون الأجنبي عادت المحكمة إلى اعتماده في قرار (thinnet) بتاريخ 25 كانون الأول 1984 ويفهم من قرار لوتور أنه ارتقى إلى الإلزام الذي يستوجب التمسك به في كل حالة غير ان هذا يؤدي إلى تحايل المدعى عليه وذلك بأن يتمسك بتطبيق القانون الأجنبي بهدف إرهاب المدعي و تكليفه بعبء إثبات مضمون القانون الأجنبي و تأخير البت في الدعوي في حين أن القضاء اللبناني وان كلف الجهة المدعية بإثبات مضمون القانون الأجنبي كعنصر في الحق المطالب به إلا أنه لم يرتق بهذا التكاليف إلى حد الإلزام.

وعندما يستحيل على المدعي إثبات مضمون القانون الأجنبي الذي يقع عليه عبء ذلك فإن النتيجة تختلف حسب نية المدعي:

- إذا كان المدعي حسن النية كما لو اصطدم بصعوبات جدية تتجاوز كل حد وحالت دون تحقيق ذلك الإثبات فهنا يطبق قاضي النزاع قانونه الوطني.

- أما إذا كان المدعي سيء النية كتنقاسعه وعدم إثباته أي مبرر لسبب الاستحالة فعلى القاضي أن يعلن إن الطلب موضوع الدعوى هو غير مؤسس للعجز الغير مبرر في إثبات قانونية ذلك الادعاء وبذلك تتجنب المحكمة كل موقف سلبي وإرادي للمدعي عندما تكون مصلحته هي تطبيق قانون قاضي النزاع فهنا نقترح من حالة التحايل على القانون لمحاولة استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق إراديا مع الفارق أنه في التحايل على القانون يكون الموقف الذي يتخذه المتحايل إيجابيا إما هنا فالموقف هو سلبي وهو عدم إثبات مضمون القانون الأجنبي.

وقرار محكمة النقض الفرنسية (لوتور) الذي ألقى عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي على عاتق المدعي يكون قد أكد على أن القانون الأجنبي يعتبر مجرد واقعة وذلك لأن القواعد العامة في إثبات الوقائع تؤدي إلى القول بأن من يدعي بحق فعليه أن يثبت العناصر اللازمة لنشأته فالمدعي في دعوى المسؤولية عليه أن يثبت الخطأ.

والضرر والعلاقة السببية بينهما إما ان كنا بصدد نزاع أجنبي فعلى المدعى أن يثبت الخطأ والضرر والعلاقة السببية بالإضافة إلى إثباته للقانون الأجنبي بوصفه أحد العناصر الأربعة للحصول على حق التعويض الذي نشأ في الخارج<sup>1</sup>

<sup>1</sup>د/سامي بديع منصور - الوسيط في القانون الدولي الخاص - مرجع سابق-ص ص 275-276

ب-إثبات مضمون القانون الأجنبي يقع على الخصم الذي يتمسك بتطبيقه دون تحديد:

الاتجاه الغالب في القرارات القضائية هو إلغاء عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي على الخصم الذي يتمسك بتطبيقه دون تحديد سواء كان مدعي أو مدعى عليه وهذا هو موقف القضاء الفرنسي الغالب حيث ثبتت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ في المجال التعاقدى في قرار صادر عنها في 21 حزيران 1988 وتبنت نفس المبدأ في 1990 و 1991 حيث جاء في حيثياتها أن عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي يقع على الطرف الذي يتمسك بتطبيقه وهذا يعود إلى اعتبار القضاء الفرنسي القانون الأجنبي مسألة واقع متأثراً بذلك بالفقه الفرنسي وخاصة برأي باتيفول ان جعل عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي المختص.

هذا الاتجاه قام باعتماده قضاة و تشريعات كثير من الدول بل يعتبر المبدأ الغالب عند القضاء حيث أن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري في المادة 2/358 منه السابق ذكرها يفهم منها أنه في غير قانون الأسرة يعتبر القانون الأجنبي مجرد واقعة مما يستوجب التمسك بتطبيقه ومن يتمسك بذلك عليه إثبات مضمونه وبهذا يكون القضاء الجزائري قد سلك مسلك القضاء الفرنسي .

وكذلك أخذوا بهذا الموقف القضاء المصري في حكم صادر عن محكمة النقض المصرية في 08 ايلول 1955 والذي قضت فيه بأن التمسك بتشريع أجنبي لا يعدو ان يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها ولا مؤاخذه في إثباته تقديم صورة عرفية تحتوي أحكام هذا التشريع وكذلك تنص المادة 82 من قانون أصول المحاكمات المدنية التركي على (( يطبق القاضي القانون التركي مباشرة من تلقاء نفسه على ما يعرض عليه من منازعات و إذا تقرر تطبيق قانون أجنبي على نزاع معروض عليه فإن عبء إثباته ذلك القانون الأجنبي يقع على عاتق من يتمسك به وإذا عجز من تمسك به عن إثباته و إقامة الدليل على وجوده فيجب تطبيق القانون التركي ))

كما نصت المادة 134 من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني القديم على (( لا تطلب البينة على وجود القانون اللبناني ولكن يجب إقامة البينة لدى المحاكم اللبنانية على مضمون كل قانون أجنبي)).

اما القضاء الكويتي وبالرجوع إلى محكمة التمييز الكويتية في قرارها الصادر في 1981/01/14 وقرار آخر صادر عنها في 1977/02/09 اعتبرت القانون الأجنبي مجرد واقعة ومن يتمسك بتطبيقه عليه ان يثبت مضمونه.

أما القانون السوري فلم يبين مركز القانون الأجنبي إلا ان القضاء السوري قرر ان القانون الأجنبي واقعة وبالتالي فإن عبء الإثبات يقع بكامله على الخصوم حيث قررت محكمة النقض السورية ((لا وجه لتخطئة الحكم المطعون فيه إن هو رفض تطبيق القانون الأجنبي لعدم إبراز نصوصه لان المحكمة غير ملزمة بتكليف الخصوم لتقديم أدلتهم على دفعوهم))<sup>1</sup>

حيث لا يكفي لتطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الإسناد الوطنية باختصاصها أن يطلب الخصوم او احدهم ذلك بل لابد لمن يتمسك بتطبيق هذا القانون أن يثبت مضمونه بإبراز نصوصه للمحكمة وبذلك فإن المحكمة قد أعفت القاضي من أي جهد للكشف عن مضمون القانون الاجنبي وحتى من مجرد تكليف الخصوم تقديم أدلتهم عن القانون الذي يتمسكون بتطبيقه و كأن إلزام القاضي بتطبيق القانون الاجنبي الذي أمرته بتطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية لايسري إلا إذا وجد نص هذا القانون في ملف الدعوى وبين يديه.

ولاشك ان من واجب القاضي في مثل هذه الحالات ان يسعى للتعرف على أحكام القانون الاجنبي بالوسائل المتاحة له في التعامل الدولي وبموجب الاتفاقيات الدولية للتعرف على أحكام القانون الاجنبي وكما ان من واجب ان يعمل معارضة الشخصية ولو لم يكن ملزم بتطبيقه أصلا لأنه لا يمكن ترك تحديد مضمون القواعد القانونية لمشيئة الأفراد و لا مانع من لجوء الخصوم إلى شهادة الخبراء و المختصين في القانون الاجنبي و مؤلفات الفقهاء من أجل إثباته.

وإن كان عبء إثبات مضمون القانون الاجنبي يقع على عاتق الخصم الذي يتمسك بتطبيقه هو موقف القضاء الغالب إلا أنه لا يجوز لأحد ان يتمسك بتطبيق القانون الاجنبي لأول مرة أمام المحكمة العليا وان كان يجوز ذلك أمام محكمة الاستئناف لان التمسك بقانون أجنبي يعتبر إبداء لوجه دفاع جديد لايعتبر طلبا جديدا و القاعدة أنه يجوز امام محكمة الاستئناف إبداء اوجه دفاع جديدة دون الطلبات الجديدة و امام المحكمة العليا فلايجوز إبداء الطلبات جديدة و أوجه دفاع جديدة لان الاصل في نظام النقض ان المحكمة العليا لاتفصل في

<sup>1</sup>الطالبة أمل صوراني بحث أعد لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي ، تطبيق القانون الاجنبي امام القاضي الوطني ، جامعة حلب ، كلية الحقوق، ص ص22-24

الدعوى ولكنها تحكم في الدعوى بالحالة التي كانت عليها أمام قاضي الموضوع ، وفضلا عما جرت عليه محكمة النقض الفرنسية بأن التمسك بقانون أجنبي لأول مرة أمامها يعتبر وجه دفاع جديد غير أنها استتدت في بعض أحكامها إلى تعليل آخر فقضت بأن التمسك بقانون أجنبي لأول مرة أمام المحكمة العليا يعتبر وجه دفاع جديد يمتزج فيه الواقع بالقانون وهو أمر غير مقبول.

إلا ان هذه الحجة غير سليمة لأن اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة لا يمنع من نقض الحكم على أساس الإخلال بقاعدة الإسناد الوطنية والتي يخضع القاضي في تطبيقه لها لرقابة محكمة النقض ويكون قراره عرضة للنقض عند إخلاله بها.

### الفرع الثاني: حق القاضي في البحث عن مضمون القانون الأجنبي:

إنالقول فقها وقضاء أن القانون الأجنبي يعتبر من المسائل الواقعية البحتة او يعامل على الأقل من الناحية الاجرائية معاملة الوقائع يؤدي بالنتيجة إلى إلقاء عبء إثباته على عاتق الخصم فهذا استسلام للصعوبات العملية التي تعترض القاضي عند البحث عن مضمونه لذلك يتهريون من مسألة تنازع القوانين إلا أنه حصل تطور ملموس على موقف القضاء بشأن إلقاء عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي على عاتق الخصوم وهو تحويل القاضي حق تطبيق القانون الأجنبي متى كان عالما به دون أن يصل هذا الاستثناء إلى حد الإلزام وعليه ففي حالة عجز الخصوم عن إثبات القانون الاجنبي و إذا أخفق القاضي في ذلك إذا ما أثار مسألة تنازع القوانين من تلقاء نفسه بموجب مبدأ تحويل القاضي حق تطبيق القانون الاجنبي فإن قواعد القانون الفرنسي هي الواجبة التطبيق على النزاع على أساس ما يسمى بالاختصاص الاحتياطي العام لقانون القاضي.

فلقد جاء بهذا الحق المخول للقاضي القضاء الفرنسي في مرحلة سابقة والذي امتدا إلى أن اعتمده قضاء بعض الدول الأخرى فحق القاضي الفرنسي في تطبيق القانون الأجنبي لا يقابله إلزام قانوني بذلك مالم يطلب الخصوم تطبيقه وان تمسكوا بتطبيقه فيقع عليهم واجب إثباته.

وهذا يرجع إلى اعتبار القضاء الفرنسي قاعدة الإسناد لا تتعلق بالنظام العام حين نشير باختصاص قانون أجنبي على عكس ما إذا أشارت إلى اختصاص القانون الفرنسي فتعتبر من النظام العام<sup>1</sup>

إلا انه عيب على هذا الاتجاه أنه يؤكد خطأ الرأي القائل أن القانون الأجنبي يعتبر واقعة أو يعامل على الأقل من الناحية الإجرائية معاملة الواقع لان من المبادئ المستقر عليها في قانون المرافعات انه لايجوز للقاضي ان يقضي بعمله الشخصي عن وقائع الدعوى.

ومع هذا فلقد حاول بعض الفقهاء تبرير ذلك بأن حق القاضي في تطبيق القانون الأجنبي لا يتعارض مع القول بأن هذا القانون يعتبر واقعة او يعامل معاملة الوقائع وقد ذهب الأستاذ باتيفول تبرير ذلك إلى القول بأن القانون الأجنبي يعتبر من الوقائع العامة التي لا يجوز للقاضي أن يبيني حكمه بموجبها وليس بوقائع المنازعة المتعلقة بالخصوم (أ) كما ان قضاء كثير من الدول حول للقاضي هذا الحق (ب)

أ- / القانون الأجنبي و الوقائع العامة: لقد ذهب الأستاذ باتيفول إلى التفرقة بين ما أسماه بوقائع القضية و بين الوقائع العامة او المشهورة فعلى حد تعبيره القاضي يمنع عليه التصدي إلى الوقائع الخاصة المتعلقة بالخصوم بينما يحق له القضاء بعمله الشخصي على الوقائع العامة التي تكون مشهورة ويكون العلم بها ميسورا ويستطيع الكافة التعرف عليها ولما كان العلم بالقانون الأجنبي أمرا ميسورا للجميع عن طريق الاطلاع على نصوصه و تفسيراته في المؤلفات الفقهية وغيرها إذا فهو يعتبر في حكم الوقائع المشهورة ومن ثم فإن قضاء القاضي بناء على علمه الشخصي به لا يصطدم بالمبادئ العامة في إثبات الوقائع.

-ان التقسيم الذي جاء به باتيفول كان محل نقد غريب عن القواعد العامة في إثبات الوقائع إذ انه لايجوز للقاضي أن يقضي بعلمه الشخصي عن الوقائع التي لم يتمسك بها الخصوم والتي لم يقوموا بإثباتها وفقا للطرق التي حددها القانون فهذا يستند إلى مايسمى بقاعدة حياد القاضي في الدعوى.

<sup>1</sup>د/سامي بديع منصور - الوسيط في القانون الدولي الخاص - مرجع سابق - ص 279

كل هذه الانتقادات لم يناع فيها الأستاذ باتيفول ولكنه لا يرى مانعا من قضاء القاضي بعلمه الشخصي عن الوقائع العامة فهو يضرب مثلا بالقوانين العلمية المختلفة حيث يمكن التعرف عليها بسهولة لكل من يريد البحث عنها وعليه فلا نستطيع ان ننكر على القاضي العلم بالبداهيات او حرمانه من الاستفادة من خبرته العامة ولعل في حرمانه من ذلك ما يتعارض مع واجبه في القضاء السديد.

القواعد العامة في الإثبات في كل من فرنسا ومصر لا تعرف التفرقة بين الوقائع العامة و الوقائع الخاصة تقام التفرقة بين الوقائع التي أثارها الخصوم في الدعوى سواء كانت قريبة ام بعيدة عن الواقعة التي يرتب عليها القانون آثاره و التي تشكل موضوع النزاع و يبين الوقائع التي يحتجزها القاضي كأساس لحكمه والتي يجوز له الاستناد إليها إذا كانت محل نزاع إلا إذا أثبت بالطرق التي نص عليها القانون ولا يجوز للقاضي ان يقضي بعمله الشخصي في شأنها سواء كانت وقائع عامة ام خاصة.

إن اتجاه القضاء الفرنسي الى تحويل القاضي حق تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه يتبين أنه لا يعامله معاملة الواقع الخاصة او العامة وهكذا يتبين الخطأ الذي وقع فيه باتيفول عند ما أقر ان القضاء الفرنسي يعامل القانون الأجنبي معاملة الوقائع.

#### ب/- موقف القضاء من تحويل القاضي حق البحث عن مضمون القانون الأجنبي:

لقد حدث تطورا او استثناء على موقف قضاء الدول التي كانت ترى أن القانون الأجنبي مجرد واقعة يلزم من يتمسك بتطبيقه إثبات مضمونه، وهذا التطور يتمثل في تحويل القاضي حق تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه إذا كان عالما بمضمونه دون ان يصل ذلك إلى حد الإلزامي ان القاضي يطبق القانون الأجنبي المختص على النزاع ويقوم بإثباته إذا كان عالما بمضمونه، أما إذا لم يكن عالما بمضمونه فيترك أمر ذلك إلى الخصوم.

ومن بين الدول التي حولت القاضي هذا الحق القضاء الفرنسي فكأنه توصل إلى نتيجة مفادها ان تطبيق قاعدة الاسناد هو أمر جوازي للقاضي فيطبقها من تلقاء نفسه وله ان لا يطبقها إلا في حالة إذا تمسك الخصوم بها فهذا يجب عليه تطبيقها واستناده في ذلك ان قواعد الإسناد لا تعتبر من قواعد النظام العام وهذا ما اعتمده محكمة النقض الفرنسية في قضية BISBAL في 12 مارس 1959.

كما لا قضت محكمة النقض الفرنسية في 12 مارس 1960 بأنه "يسوغ لقضاة الموضوع أن يعمدوا من تلقاء أنفسهم إلى البحث عن أحكام القانون المختص وتحديدها"<sup>1</sup> ولكنها لم تتوصل حتى الان إلى تقرير مبدأ التزام القاضي بإعمال قاعدة الاسناد والبحث عن مضمون القانون الاجنبي من تلقاء نفسه.

اما محكمة التمييز اللبنانية فلم تقف عند فرضية نص المادة 134 من قانون أصول المحاكمات القديم والتي تنص على أنه " التي توجب إقامة البيئة على مضمون القانون الاجنبي تلقى على عاتق من يدلي بهذا القانون، عبء إثباته بحيث لا يؤاخذ القاضي على عدم أخذه المبادرة في البحث عنه إلا انها لا تحظر عليه هذا البحث سيما وإن قواعد تنازع القوانين قد تلزمه غالبا بتطبيق قانون غير قانون بلاده<sup>1</sup>

حيث ان القضاء اللبناني تابع تطوره بشأن عبء إثبات مضمون القانون الاجنبي بالحلول المتطورة في القضاء الفرنسي كما ان قاعدة حرية القاضي في البحث عن مضمون القانون الاجنبي تجد تكريسا لها فيما نصت عليه الفقرة 2 من المادة 9 من القرار 141 بتاريخ 1933/10/02 المتعلق بإرث الأجانب على أن " السلطة الناظرة في منازعات الإرث هذا تتوجه مباشرة إلى السلطات القنصلية للإستحصال على الإيضاحات اللازمة حول مضمون القانون المختص<sup>2</sup>

وهذه الحرية التي يتمتع بها القاضي لا تتعارض مع أحكام المادة 135 من أصول المحاكمات المدنية التي تحظر عليه إسناد قراراته إلى ما يعرفه شخصيا عن القضية وذلك لان ما تقصده هذه المادة هو المعرفة الشخصية لعناصر القضية الواقعية اما القانون الاجنبي فليس واقع مادي و إنما هو قاعدة مادية عامة ترعى الاوضاع الواقعية و المادية وإذا كان القانون الاجنبي يفقد مبدئيا قوته الالزامية خارج حدود بلاده إلا انه يستعيد هذه القوة عند ما تفرض تطبيقه قواعد تنازع القوانين

اما القضاء الكويتي فلقد أورد استثناء على المبدأ العام في اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة يقع عبء إثباته على عاتق الخصوم، بحيث خول قضاة الموضوع حق إثارة تطبيق القانون الاجنبي من تلقاء أنفسهم مع إثبات مضمونه دون طلب من الخصوم وهذا ما صدر عن محكمة الاستئناف العليا الكويتية تحت رقم 1974/536 حيث توصلت فيه المحكمة إلى

<sup>1</sup>نادية فضيل -تطبيق القانون الاجنبي أمام القضاء الوطني- دار هومة -الجزائر- 2004 ص 49  
<sup>2</sup>الطالبة أمل صوراني -بحث أعد لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي ، تطبيق القانون الاجنبي امام القاضي الوطني ، جامعة حلب ، كلية الحقوق، ص 26

ان القانون المصري هو المختص بشأن الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج والآثار التي تترتب على هذا العقد.

محكمة التمييز المصرية اعتقت هذا التخفيف حيث قضت في حكم لها بتاريخ 06 فبراير 1984 أنه " إذا كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن التمسك بقانون أجنبي لا يعد وان يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها وكان مرد هذا القضاء هو الاستجابة للاعتبارات العملية التي لا يتيسر معها للقاضي الامام بأحكام هذا القانون فإن مناط تطبيق هذه القاعدة أن يكون القانون الاجنبي غريبا عن القاضي يصعب عليه الوقوف على أحكامه و الوصول إلى مصادره أما إذا كان القاضي يعلم بمضمونه او كان علمه مفترضا فلا محل للتمسك بتطبيق القاعدة "

أي ان هذا الحكم يمكن القاضي من إثارة تطبيق القانون الاجنبي و إثبات مضمونه إذا كان عالما به وري الاستاذ هشام على صادق أن محكمة التمييز المصرية ألفت على القاضي واجب إثبات مضمون القانون الاجنبي مادام من المستطاع الوصول إلى مصادره فمثلا يستطيع القاضي العلم بذلك فيما لو كان القانون الذي استمد منه القانون الوطني أحكامه مثل القانون الفرنسي و القانون السويسري في بعض الأمور و الوضع لا يختلف بالنسبة للقوانين التي يعرف أنها استقت أحكامها من القانون المصري ذاته كالقانون السوري و العراقي أما إذا كان القانون الأجنبي غريبا عن القاضي فيصعب عليه معرفته و إثباته مما يقع عبء ذلك على عاتق الخصوم وتلك مسألة تخضع لرقابة محكمة النقض التي تقيم على القاضي بالقانون الأجنبي على معيار موضوعي يقاس بمسلك القاضي المجتهد في مثل ظروف و ملايسات الدعوى.

لقد انتقد الفقه الفرنسي الحديث موقف القضاء الفرنسي في شأن تخويل القاضي حق تطبيق القانون الاجنبي دون إلزامه بذلك إذ ان هذا يؤدي إلى تحكم القضاء الذي يصبح له ان يطبق أولا يطبق القانون الأجنبي وفق هواه او على حسب المعلومات المتوفرة لدى كل محكمة عن هذا القانون او ذاك مما يؤدي إلى تحايل الخصوم على قاعدة الاختصاص المحلية واختيار المحكمة التي سوف تحكم لصالحهم في الدعوى<sup>1</sup>

**المبحث الثاني: طرق إثبات مضمون القانون الأجنبي ومدى رقابة محكمة القانون له**

<sup>1</sup>د/هشام علي صادق ، الموجز في القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق،ص 147

## المطلب الأول : طرق إثبات مضمون القانون الأجنبي:

يتبين مما سبق أن هناك خلاف في الفقه في طبيعة القانون الأجنبي هل هو عنصر من عناصر الواقع أو جزء من قانون القاضي ، أو يطبق كقانون أجنبي بقوة نفاذه في بلده ولكن له وضع خاص و يعامل من قبل القاضي الوطني معاملة لا تتفق من الناحية الإجرائية مع الواقع ومع المعاملة التقليدية للقانون الوطني ، ينتج عن هذا الاختلاف تباين نظرة الفقهاء إلى كيفية تطبيق هذا القانون فهل يتوجب على القاضي تطبيقه من تلقاء نفسه بموجب ضابط الإسناد الوطني أم يجب على الخصوم أن يطلبوا تطبيقه و أن يثبتوه و يقدموا للقاضي أحكامه جاهزة ، فضلا عن ذلك يطرح تساؤل آخر ما إذا كان الخطأ في تطبيق قاعدة الإسناد الوطنية و الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي يشكلان وسيلة طعن بالنقض أمام المحكمة العليا. يختلف الجواب عن التساؤلات السابقة بحسب التكييف المعطى للقانون الأجنبي فإن اعتبرناه مجرد واقعة، تعين على الخصوم أن يتمسكوا به أمام محاكم الموضوع، سواء في الدرجة الأولى أو على مستوى الاستئناف في شكل الدفع ، ولا يعتبر ذلك دفع جديد في مفهوم المادة 107 من قانون الإجراءات المدنية مادام التمسك به هو وسيلة دفاع يجوز إبدائها أمام محاكم الدرجة الثانية ، لكن لايجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة القانون كوجه للنقض.

ويجوز للخصوم أن يثبتوا القانون الأجنبي بكافة وسائل الإثبات كالمجموعات الرسمية للقانون و الشهادات المحصلة من الهيئات الدبلوماسية و القنصلية التي تسمى شهادات العرف ، و المؤلفات القانونية ، وشهادات الخبراء، ولا يمكن مؤاخذة القاضي بالنكول عن أداء العدالة ولا وجوب العلم بالقانون jormoircuria أو عدم العذر بجهل القانون لان القاضي في هذا الرأي يطبق واقعة على واقعة وهكذا يكون موقف القاضي سلبيا إلى أقصى الحدود و يتحمل الطرفان عبء البينة مع مافي ذلك من تكليف مرهق ، بل إن المقرر في النظام

الانجليزي هو منع القاضي حتى من استعمال معلوماته الشخصية المكتسبة من قضايا أخرى.

أما إذا اعتبرنا القانون الأجنبي كقانون وهو الرأي السائد في ألمانيا و الاتحاد السوفييتي سابقا و تشيكوسلوفاكيا سابقا و بولندا و النمسا(المادة الرابعة من القانون الدولي الخاص لسنة 1978) و سويسرا (المادة 16 من القانون الدولي الخاص 1987) و تركيا (المادة الثانية من القانون الدولي الخاص لسنة 1982) وبعض قوانين أمريكا اللاتينية كالقانون المكسيكي (المادة 16 من القانون الفدرالي لسنة 1987) وغيرها من القوانين.

هذا وتلزم القوانين المذكورة القاضي بإثارة تطبيق القانون الاجنبي من تلقاء نفسه والسعي إلى التعرف على أحكامه ومؤاخذته إذا تقاعسا في أداء واجبه.

ولكن هذا الرأي يشكل إخلالا بمبدأ حياد القاضي وتكليفه بأكثر مما هو مطلوب منه وطنيا.

إن اعتماد أحد الحلين المتطرفين لا يبدو واقعا ، لذلك يتعين التوفيق بينهما وصولا إلى تحقيق تعاون بين المتقاضين و القاضي وهذا هو مذهب القانون الفرنسي ، فموقف القاضي ليس سلبيا بصفة مطلقة ، و إذا طلب الخصوم تطبيق القانون الاجنبي له أن يكلفهم بتقديم مصدره ، ولكن له أيضا ان يستخلص الحكم الصحيح لنص القانون الأجنبي و يتحقق من صحة مصدره ويحدد مجال تطبيقه من حيث الزمان كما هو مقرر في البلد الأجنبي و يفسره في ضوء القانون الأجنبي ، و هذا هو الدور الايجابي ليس فيه أي إخلال بطبيعة تكليفه و معاملته معاملة خاصة مادام يشكل قاعدة عامة، بل وذهب بعض الفقهاء الفرنسيين الى القول أن من صلاحيات القاضي أن يسعى بنفسه إلى التعرف على حقيقة حكم القانون الأجنبي ولا يشكل ذلك انتهاكا أبدا "ليس

**للقاضي أن يقضي بعلمه الشخصي** " معلومات القاضي تشكل وقائع عامة بوسع الغير ان يطلع عليها ، لاسيما إذا تجاهل الخصوم إثارة تطبيق القانون الأجنبي أو تقاعسوا في إثباته لأغراض تدليسية إذا كان هذا القانون في غير مصلحتهم. في هذه الحالة و في حالة ما إذا تعلق الأمر بحقوق لايجوز للأطراف التصرف فيها يتعين على القاضي أن يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه أما إذا كان للأطراف حق التصرف في الحقوق المتنازع عليها ، فيجوز لهم التمسك بتطبيق قانون القاضي بدل القانون الأجنبي .

وهذا وتجدر الإشارة إلى أن محكمة النقض الفرنسية كانت قد قضت في قضية **بيسال** بأن قواعد الإسناد الفرنسية لا تخضع للنظام العام عندما تقضي بتطبيق القانون الاجنبي، بمعنى يجب على الأطراف طلب تطبيقه ولا مؤخذة لقضاة الموضوع إذا لم يقوموا بذلك من تلقاء أنفسهم ، ولكن تراجعت عن موقفها و صححته بعد مدة وجيزة ، معلنة جواز لجوء قضاة الاستئناف للسعي على التعرف القانون الاجنبي وتحديد أحكامه الواجبة التطبيق ولو لم يتمسك به الأطراف ولا تثريب على موقفهم ذلك ولايمس بالنظام العام ، و لكنها قضت أيضا بأن التمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بقانون أجنبي هو تمسك بمزيج من الواقع و القانون غير مقبول.

هكذا نلاحظ أن موقف القضاء الفرنسي وعلى رأسه محكمة النقض غير مستقر في تحديد طبيعة القانون الأجنبي.

فقد اعتبرت محكمة النقض القانون الأجنبي واقعة في قضية الزوجين **بيسال** ،ولكن في قرار ريوح وقرار شول التي لا يكون للأطراف حق التصرف في حقوقهم ، وكذا إذا وردت قاعدة التنازع معاهدات دولية.

ويسود هذا الاتجاه عموما في القضاء المصري، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن التمسك بتشريع أجنبي أمام محكمة النقض لا يعد و أن يكون

مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها، و أوضحت أيضا أن التمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بقاعدة قانونية أجنبية و هو دفاع يخالطه واقع كان يجب عرضه على محكمة الموضوع.

أما الفقه المصري فهو مقسم، فالبعض منهم أيدا موقف القضاء و آخرون اعتبروا القانون الأجنبي قانونا، و تنبأ بعضهم ببداية تحول موقف الاجتهاد القضائي في هذه المسألة إلى اعتبار القانون الأجنبي قانونا وليس واقعة استنادا للحكم 14 ابريل 1970 المشار إليه، الذي أوضحت فيه محكمة النقض بأن وجه النقض يخالفه الواقع أي بما يفهم منهم منه بمفهوم المخالفة و أن العنصر الثاني يشكل القانون ، مما يسمح بالقول أن من واجب القاضي الوطني تطبيق القانون الأجنبي إعمالا لقاعدة الاسناد الوطنية ولو لم يطلب الخصوم تطبيقه<sup>1</sup>

### **الحل المتبع عند استحالة التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي:**

-قد يحدث وان يستحيل على الخصوم إذا كان عبء الإثبات واقعا على عاتقهم أو على عاتق القاضي إذا كان عبء الإثبات واقعا عليه التوصل إلى معرفة الأحكام الحقيقية في القانون الاجنبي المختص رغم كل الجهود المبذولة في سبيل ذلك.

-فما هو الحل الواجب الاتباع في مثل هذه الحالة؟

لقد تعددت الحلول المقدمة من طرف الفقه أهمها:

أ/إمتناع القاضي في مثل هذه الحالة عن الفصل في النزاع غير ان هذا الحل يصطدم مع مبدأ الزام القاضي بالفصل في كل النزاعات المعروضة عليه ، وإلا عد نكوله عن هذه المهمة أنكارا للعدالة

<sup>1</sup>الطيب زروتي-القانون الدولي الخاص -مرجع سابق ص ص 260-261

ب/ تطبيق المبادئ العامة السائدة في الامم المتقدمة و التي يتصور أن القانون الاجنبي متطابق معها و قد أخذت بهذا الحل بعض الاحكام القضائية.

غير ان هذا الحل لما يتميز به من عموم يصعب تطبيقه كما ان القاضي يطبق في الغالب قانونه على أساس انه المستمد منطقيا من هذه المبادئ.

ج/تطبيق القانون الأقرب إلى القانون الأجنبيو يتميز هذا الحل عند أصحابه كونه يوصل الى حل للنزاع قريب من الحل الذي سيؤدي إليه القانون الاجنبي المختص أصلا لو كان قد عرف مضمونه. غير أن هذا الحل يصطدم بعقبات عملية ذلك أنه من الصعب إن لم يكن من المستحيل التأكد من مدى التقارب بين التشريعات المختلفة والمشرع غالبا مايستوحي قواعد قانونه من عدة قوانين بحيث لايمكن القطع بالقانون الأقرب إلى أحكام القانون الذي استحال الكشف عن مضمونه.

د/ تطبيق قانون القاضي لكن دعاء هذا الحل قد اختلفوا فيما بينهم حول أساس تطبيقه، يقول البعض بأن تطبيق القاضي يقوم على أساس افتراض التماثل بينه وبين القانون الأجنبي المختص،و يأخذ النظام القانوني الانجليزي بهذا الحل.<sup>1</sup>

وقد انتقد هذا الأساس باعتباره يقوم على مجرد حيلة قانونية بعيدة عن الواقع حتى بالنسبة للحالة التي ينتمي فيها للقانون الأجنبي إلى نفس العائلة القانونية التي ينتمي إليها قانون القاضي. ذلك أن الظروف السائدة في كل دولة تطبع قانونها بطابعها الخاص وتجعله يتطور بشكل يختلف عن قوانين دولة أخرى.

ويقول البعض الاخر بأن تطبيق قانون القاضي يجد أساسه في كونه صاحب الاختصاص العام لحكم كافة علاقات القانون الخاص، غير أنه قد اعترض عليه

<sup>1</sup>أعراب بلقاسم-القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الاول، الطبعة العاشرة ، مطبعة دار هومة -الجزائر-سنة 2008، ص 150-153

على أساس أن طبيعة العلاقات الدولية تتنافى مع القول بالولاية العامة للقانون الوطني فالأصل في مجال العلاقات الخاصة الدولية هو تطبيق القانون الذي تشير قواعد الإسناد باختصاصه وطنيا كان أم أجنبيا

ويقول آخرون بأن تطبيق قانون القاضي يبرر بما له من اختصاص احتياطي، وقد اعترض على هذا التبرير بأن قاعدة الإسناد لما أشارت باختصاص قانون أجنبي معين قد نفت ي ذات الوقت اختصاص قانون آخر، ولا مجال بعد ذلك لافتراض أن قاعدة الإسناد قد احتفظت لقانون القاضي باختصاص احتياطي.

هـ/ اتجه القضاء الفرنسي بشأن هذه المسألة اتجاها عمليا، فقد قضت بعض أحكام محكمة النقض برفض طلبات الخصم الذي يقع على عاتقه إثبات مضمون القانون الاجنبي وعجز عن ذلك، وقد فسر البعض هذا الموقف لمحكمة النقض الفرنسية بكون الخصم الذي يقع عليه عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي لم يحم بالجهد الكافي بحثا عنه.

وقضت أحكام اخرى لمحكمة النقض الفرنسية بتطبيق القانون الفرنسي.

وقد رأى بعض الفقهاء أن هذه الأحكام تتعلق فقط بالحالات التي يعجز فيها الخصم عن إثبات مضمون القانون الأجنبي رغم كل الجهود التي بذلها.

### **المطلب الثاني: رقابة محكمة القانون على تطبيق القانون الأجنبي**

السؤال المطروح هنا هو ما إذا كان يجوز لمحكمة القانون أن تراقب حسن تطبيق القانون الأجنبي

بداية إن الخطأ في تطبيق قاعدة الإسناد يخضع لرقابة المحكمة العليا لأنه خطأ في تطبيق القانون الوطني و مثال ذلك أن يطبق القاضي على الأهلية قانون الموطن بدلا من قانون الجنسية الذي تأخذ به قاعدة التنازع الوطنية.

## الوضع في بعض الأنظمة:

إن الخطأ في إعمال القانون الاجنبي المختص، فهو محل خلاف في القانون المقارن ما إذا كان يخضع اولا لرقابة المحكمة العليا.

ففي معظم الدول الأوروبية مثل فرنسا وبلجيكا هولندا و سويسرا ورومانيا و اليونان أطرق القضاء على ان الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي لا يخضع لرقابة محكمة النقض على أساس أن القانون الاجنبي واقعة و أن مهمة المحكمة العليا هي توحيد الاجتهاد القضائي الوطني و يصعب عليها عمليا التكفل بهذه المهمة بالنسبة لمختلف القوانين الأجنبية، غير أن هذا الموقف لا تحمد عقباه

وإن حاول أن يخفف العبء على مهمة القاضي إلا أنه يسمح لقضاة الموضوع من جهة أخرى بتفسير القانون الأجنبي وتطبيقه على أهوائهم مقتنعون مسبقا

بإفلات قضائهم من رقابة محكمة القانون، و هو الانتقاد الذي دعا بعض الفقهاء إلى القول بضرورة فرض رقابة غير مباشرة للحد من صلاحيات قضاة الموضوع الواسعة في هذا النطاق وهو الأمر الذي استجابة له محكمة النقض الفرنسية مستخدمة عدة وسائل وصولا إلى هذه النتيجة، فهناك رقابة التكييف المعهودة إليها، وهناك رقابة عدم مسخ القانون الاجنبي وتشويهه بشكل فادح *Dénaturalisation* وهناك رقابة تسبيب الأحكام تسببا كافيا، هذه الوسائل تسمح بإعطاء القانون الأجنبي معناه المقرر له في بلده.

ويجري العمل في إيطاليا و الاتحاد السوفيتي وفي تقنين *بوستامنت* بين دول أمريكا اللاتينية على التسوية بين القانون الوطني و القانون الأجنبي من حيث خضوع الخطأ فيها لرقابة المحاكم العليا في هذه الدول، كما يميل قضاء محكمة النقض المصرية إلى الأخذ بهذا الرأي.

## الوضع في القانون الجزائري

و إن كان الاجتهاد القضائي الجزائري في هذه المسألة غير ميسر في الظروف الحالية ، إلا أن الثابت طبقا للمادة **233** **فقرة 5** من قانون الإجراءات المدنية إن الخطأ في تطبيق القانون الداخلي أو قانون أجنبي متعلق بالأحوال الشخصية يخضع لرقابة المحكمة العليا ، مما يفهم من هذا النص أنه في غير هذه الحالة لا يشكل الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي وسيلة للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا كما ذهب إليه بعض شراح القانون الجزائري، غير أن **المادة 234** من نفس القانون تسمح للمحكمة العليا بالتصدي لنقض الحكم من تلقاء نفسها إذا خالف أحد الأوجه الواردة في **المادة 233** المذكورة ، وهو ما يطرح التساؤل عما إذا كان يعهد للمحكمة العليا بمراقبة تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسها بصفة خاصة في المواد الآمرة ، ولو كانت وسيلة الرقابة غير مباشرة كما هو معمول به في قضاء محكمة النقض الفرنسية ، أننا نؤيد هذا الاتجاه للحد من حالات مسخ القانون الأجنبي و تشويهه و التقليل من نسبة الأخطاء في تطبيقه و تفسيره و هو يشكل وسيلة مهمة لحث القضاة على تسبيب أحكامهم بما فيه الكفاية ، ولا نرى علة الاستثناء الأحوال الشخصية و حدها في **المادة 233** **فقرة 5** عن غيرها من المسائل الأخرى الآمرة ، إن هذا الاستثناء كما يقول الأستاذ إسعد ، يجعل من القاضي يقوم بدور بهلواني مرة يطبق القانون الأجنبي كقانون ويخضع في تطبيقه لرقابة المحكمة العليا و مرة أخرى العكس .

والوقوف عند هذا الاستثناء بالنظر للصعوبات العملية التي تعترض إثبات القانون الأجنبيو التأكد من صحة مصدره تشكل عائقا أمام إمكانية التحقق بجدية من الخطأ في تطبيقه مما يجعل رقابة المحكمة العليا حتى في هذا النطاق المهم تنصب على تعليل الحكم بصفة رئيسية.<sup>1</sup>

<sup>1</sup>الطيب زروتي ، القانون الدولي الخاص ، المرجع السابق ص ص 265-267

## الفصل الثاني: حالات استبعاد القانون الأجنبي

### المبحث الأول: استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام

إن استبعاد تطبيق القانون الأجنبي باسم النظام العام هو دفع مقرر في كل نظم القانونية، و لكن لإعمال هذا الوضع ، يتعين يتعين تحديد مفهوم النظام العام وعلاقته بقواعد الإسناد و بالقوانين ذات التطبيق المباشر، وما إذا كان هناك نظام عام خاص في القانون الدولي الخاص زيادة على النظام العام المقرر في القانون الداخلي ، ثم بيان شروطه و اثار التمسك وهي مسائل التي نحلها تباعا فيما يلي

#### المطلب الأول: مفهوم النظام العام وقواعد الإسناد

نظرا لأهمية النظام العام في مجال العلاقات الدولية الخاصة، فقد استقرت كل دول العالم على الأخذ به كوسيلة دفاعية في مواجهة القوانين الأجنبية التي لا تأتلف أحكامها وأحكام القوانين الداخلية.

فمن زاوية القانون نجد أن بعض هذه الدول نصت عليه صراحة في قوانينها تحت تسميات متعددة، فالمشرع التونسي استعمل مصطلح "الاختيارات الأساسية للنظام القانوني التونسي" وعبر عنه المشرع النمساوي بالقيم الأساسية، وتشريعات أخرى أضافت إلى النظام العام الآداب العامة، **المادة 24** من القانون المدني الجزائري ، و **المادة 31** من القانون المدني الايطالي و **المادة 73** من القانون المدني الكويتي.

بينما دول أخرى لم تنص عليه صراحة، ولكنها كرسته من خلال الاجتهادات القضائية كأمريكا، بريطانيا، لبنان وفرنسا.

إن معظم التشريعات، التي قننت النظام العام إكتفت بالنص على دوره الاستبعادي دون إعطاء تعريف له، كما هو الشأن بالنسبة للمشرع الجزائري

(المادة 24 من القانون المدني الجزائري) لكن مع ذلك عرفت بعض التشريعات النظام كالقانون الالمانى حيث جاء فى المادة 30 من القانون على أنه القواعد التى تتصل بأصل أسس النظام الاجتماعى و السياسى او الاقتصادى للبلد ، وبمفهومها فى وقت معين ، ويكون من طبيعة انتهاكها تهديد النظام العام وتصديعه<sup>1</sup>

ولقد تعددت المحاولات الفقهية ، و الاجتهادات القضائية التى قيلت فى شأن تعريف النظام العام حيث عرفه البعض (( هو وسيلة قانونية يستبعد بها النزاع المطروح أمام القاضى الاختصاص العادى المعقود للقانون الاجنبى ، متى تعارضت أحكامه مع المبادئ الأساسية التى يقوم عليها نظام المجتمع فى بلد القاضى)).

ويرى البعض الآخر ((سلاح للدفاع ضد قانون أجنبى واجب التطبيق إذا ما ظهر تعارض فحواه أو مضمونه مع المفاهيم العامة لدولة القاضى المراد تطبيقه فيها)).

ويمكن تعريف النظام العام كذلك بأنه ((أداة تصويب استثنائية، تسمح باستبعاد القانون الاجنبى المختص ويتضمن أحكاما تقدر المحكمة ضرورة ضرورة الامتناع عن تطبيقها))

وحسب الأستاذ جابر جاد عبد الرحمان يقصد بالنظام العام فى القانون الدولى الخاص ذلك الدفع الذى يراد به استبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق بشأن علاقة قانونية معينة و إحلال القانون الوطنى "قانون القاضى" محله نظرا لاختلاف الحكم الوارد فى كل منهما فى هذا الصدد اختلافا جوهريا، أو لعدم التكافؤ القانونى بين التشريعين فى هذا الشأن .

<sup>1</sup>الطالبة زاير فاطمة الزهراء -مذكرة لنيل شهادة الماجستير فى القانون الدولى الخاص-جامعة أبى بكر بلقايد-تلمسان -كلية الحقوق سنة 2010-2011 ص ، ص ، 20-21

\* أما بالنسبة للقضاء فحسب القضاء اللبناني ((النظام العام هو مجموعة القوانين التي تتعلق بالركائز الأساسية لكيان البلاد الاجتماعي أو السياسي أو الاقتصادي والتي يحدث خرقها خلا في هذه الركائز)).

-وقضت محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر في 05 ابريل 1967 بأنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة ألا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجبة التطبيق و فقالمادة 28 من القانون إلا أن تكون هذه الاحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة في مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة أو سياسية للجماعة.

وفي الحقيقة ورغم تعدد التعاريف التي جاء بها الفقه إلا أنه فشل في الوصول لتعريف دقيق وواضح للنظام العام، فالتعاريف السابقة لاتبين لنا مالمقصود بالنظام العام و ركزت على دوره باعتباره وسيلة في يد القاضي، تحمي المصالح الجوهرية الأساسية و المثل العليا للمجتمع، سواء كانت هذه الأسس سياسية، اجتماعية، اقتصادية خلقية أو دينية لذلك يكون للقاضي دور حاسم في ضبط مفهوم النظام العام<sup>1</sup>

ولعل الأسباب التي جعلت الباحثين في هذا المجال عاجزين على ضبط مفهوم النظام العام بدقة ترجع لما يلي:

إن مجال تطبيق النظام العام واسع جدا، فهو يتدخل في مواضيع مختلفة أهلية زواج ، ميراث ، عقود ..... الخ وبالتالي فهو لا يقتصر على نوع معين من القوانين ،أو مجال معين العلاقاتو كذلك يرمي النظام العام لتحقيق هدف بعيد وهو حماية المصالح العامة للمجتمع و الركائز الأساسية التي يقوم عليها.

<sup>1</sup>الطالبة زاير فاطمة الزهراء -مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص-جامعة أبي بكر بلقايد-تلمسان -كلية الحقوق سنة2010-2011 ص ، 22

## فرع 02/خصائص النظام العام:

إن عدم التوصل لتعريف دقيق للنظام العام يرجع للخصائص التالية

### 1/ فكرة النظام العام فكرة وطنية:

فالنظام العام هو الوضع الطبيعي للمجتمع حيث انه يعكس المبادئ والأسس التي يقوم عليها مجتمع معين في جيل معين، و لذلك يختلف مفهومه من دولة لأخرى.

ويتصف النظام العام بالوطنية أنه موجه لحماية المبادئ الأساسية للنظام القانوني الوطني ولذلك لايجوز القول كما سبقت الإشارة بوجود نظام عام دولي ونظام عام داخلي، بقصد التمييز بين النظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية والعلاقات الداخلية لان النظام العام في كلا الحالتين ذو طابع وطني صرف وإذا كانت توجد بعض المبادئ المشتركة بين غالبية الدول كمبدأ حرية الزواج وعدم جواز التمييز بين الافراد بسبب اللون والعرق والدين.

والتي يعتبروها البعض انها تشكل نظاما دوليا، فمع ذلك عندما يستبعد القاضي القانون الأجنبي الذي لا يحترم هذا المبدأ ، فيكون هذا الدفع على أساس مخالفته للنظام العام الوطني وليس النظام العام الدولي<sup>1</sup>

<sup>1</sup>الطالبة زاير فاطمة الزهراء -مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص-المرجع السابق-ص-22

## 2/نسبية فكرة النظام العام:

تختلف الدول عن بعضها البعض من حيث الديانة و الأفكار المهيمنة و فلسفة الحياة و النظام الاقتصادي و الاجتماعي و الأخلاقي و هذا الاختلاف من الطبيعي أن يجعل للنظام العام مفهوما متغيرا من دولة الى أخرى ، فما يعتبر مخالفا للنظام العام في دولة معينة قد لايعتبر مخالفا للنظام العام في دولة أخرى ومن أمثلة اختلاف مفهوم النظام العام من دولة الى أخرى:

-اعتبار في فرنسا القانون الاجنبي الذي يجيز تعدد الزوجات مخالفا للنظام العام الفرنسي .

-إعتبار في فرنسا القانون الجزائري الذي يحرم زواج المسلمة بغير المسلم المادة 31قانون أسرة مخالفا للنظام العام الفرنسي والأمثلة كثيرة لايمكن حصرها.

وقد تتغير ظروف الدولة وأوضاعها عبر الزمن نتيجة أسباب مختلفة فيتغير تبعاً لذلك مفهوم النظام العام فلا يصبح ماكان مخالفا للنظام العام سابقا مخالفا للنظام العام في الحاضر والعكس أيضا صحيح وهكذا نرى مفهوم النظام العام مفهوم متغير، ويختلف من زمان إلى آخر ومن دولة الى أخرى وهذه النسبية التي يتميز بها النظام العام تجعل القاضي يعتد فقط بمفهومه وقت الفصل في النزاع وليست وقت نشوء العلاقة و موضوع النزاع<sup>1</sup>.

## 3/فكرة النظام العام فكتية:

تثير نسبية النظام العام إشكالا متعلقا بتحديد وقت تقديره فهل يقدر القاضي مخالفة القانون الاجنبي للنظام العام من عدمها وقت نشوء المركز القانوني أم لحظة الفصل في الدعوى؟

<sup>1</sup>أعراب بلقاسم -القانون الدولي الخاص الجزائري-مرجع سابق ص ص 173-174

-يستقر الفقه على مبدأ آنية وحالية النظام العام l actualité de l'ordre public ويقصد بهذا المبدأ انه على القاضي ان يقدر مدى تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام السائد في دولته عند الفصل في الدعوى Au moment ou le juge statue وعليه إذا كان القانون الاجنبي يتعارض مع النظام العام وقت نشوء الحق او المركز القانوني ، ثم أصبح بعد ذلك لايتنافى معه فيتوجب على القاضي أن لايستبعده، لان العبرة بلحظة الفصل في الدعوى وليست وقت نشوء المركز القانوني، وهذا ما كرسته محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر بتاريخ 02يناير 1936 في قضية تتعلق بتبني قام به فرنسيين في الخارج قبل 1923، وخلال هذه الفترة كان القانون الفرنسي يشترط لصحة التبني أن يكون المتبني قد اتم الخمسين من عمره وفي سنة 1923 صدر قانون في فرنسا حفظ السن إلى الأربعين.

-وترى محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها ان تعريف النظام العام الوطني يتوقف إلى حد كبير على الرأي السائد في كل عصر.

ومبدأ آنية النظام العام مستقر عليه في غالبية التشريعات المقارنة وأكدت عليه أيضا المحكمة الدائمة للعدل الدولية<sup>1</sup>

إن اتساع دائرة النظام العام في القانون الداخلي المعاصر ، أصبحت تتناسب طرديا مع تقنين أفكار المذاهب الاجتماعية و الاشتراكية ، فوجب أن يفرد له نص قواعد التنازع ليكون صمام أمن يستطيع القضاء الوطني من خلاله ان يبسط رقابته على القانون الأجنبي فيمنح له تأشيرة الدخول إلى إقليم دولته إذا كان غير متعارض مع القيم العليا او لا يمنحها له في الحالة العكسية، وينبني على ذلك ان تطبيق القانون الأجنبي المختص أصبح قيد عام وهام في ذات الوقت وهو عدم المخالفة للنظام العام الوطني كأن المشرع الوطني عندما سمح للقانون الأجنبي بالامتداد تحفظ ضمنا بعدم المخالفة للنظام العام ،

<sup>1</sup>الطالبة زاير فاطمة الزهراء -مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص-المرجع السابق-ص-ص-32-33

إن النظام العام أصبح يشكل عنصرا مشوشا ، لألية التنازع الطبيعية بل إن التوسع من استعماله و الإكثار من اللجوء إليه يؤدي حتما إلى شل المبادلات الدولية و تعطيل قواعد الإسناد الوطنية انتفاء الحكمة من إقرارها ، لذلك يجب اللجوء إليه بقدر الحاجة فقط عندما يتعلق الامر بمصالح لقانون القاضي جديرة بالحماية و معرضة للخطر .

وإذا كان من الصعوبة تعريف النظام تعريفا جامعا مانعا وتحديد نطاق تدخله سلفا نظرا لكونه وطنية مرنة انية تختلف باختلاف الدول وتتغير في الدولة الواحدة بتعاقب الزمان.فما إذا كان القريب من النظام العام في الدول الاشتراكية مثلا أصبح ليس منه في الوقت الحاضر ، و بالمثل كان في الدول الغربية مخالفا للنظام العام ولكنه أصبح غير ذلك . وعليه إن فكرة النظام العام تمتاز بالوطنية الاستقرار و الثبات ولكنها فكرة ينبغي ان تقوم على أسس موضوعية تبعث فيها الخصومة و المرونة القابلة للتطور ، ووسيلتها في ذلك هي فكرة معيار المصلحة العامة العليا للمجتمع و فكرة النسبية في المكان و الزمان وإذا كانت نظرية الاشتراك القانوني المنسوبة للفقهاء سافيني تقتضي وحدة النظام العام في دول الدائرة التي يشملها الاشتراك لتقارب المفاهيم القانونية بين قوانين تلك الدول و توحيد معاني العدالة و الأخلاق تلك المجتمعات، إلا ان هذا الافتراض الاولي مجرد قرينة بسيطة لا يصدق دائما ، فهناك دول تجمعها دائرة اشتراك قانوني واحد ولكن مفهوم النظام العام مغاير لذلك ، ان مهمة القاضي وهو يتفحص النظام العام و لعلاقات الأجنبية المعروضة عليه هي مهمة صعبة ودقيقة يجب عليه ان ينظر إلى النظام العام نظرة واحدة والا يحل اراءه و معتقداته محل مايعتقده مجتمعه، وقد نبهت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري إلى هذه المسألة و أشارت إليها بالنص على أنه يخلق بالقاضي انمن خلال آرائه الخاصة في العدل الاجتماعي محل ذلك التيار الجامع للنظام العام و الآداب العامة يقتضيه ان يطبق مذهباً عاماً تدين به الجماعة لا مذهباً فردياً خاصاً

-اما في إطار نظرية تنازع القوانين فيعرف دور النظام العام بأنه دفع يهدف إلى استبعاد تطبيق القانون الموضوعي الاجنبي الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد الوطنية إذا كان حكمه يخالف الأسس والمبادئ الجوهرية التي يتأسس عليها النظام القانوني في مجتمع دولة القاضي.

و يجب ان يكون معيار الدفع بالنظام العام مبنيا على المنطق و الضرورة و أن تراعى عند استعماله خصوصية المعاملات الخاصة الدولية وحاجاتها ، يتعين ان يكون القاضي الحاكم متفتحا على القانون الاجنبي و متفهما لدور قاعدة الاسناد الوطنية و دور الدفع بالنظام العام وهكذا شبه الفقهاء النظام العام بالفرس الجامح الذي يحتاج على فارس.

### فرع 3/النظام العام وقواعد الإسناد:

تتوع دور النظام العام في القانون الدولي الخاص حسب الطريقة التي اعتمدها الفقه فقد عمد البعض اعتباره قاعدة إسناد إقليمية مرنة إما احتياطية لإيجاد أساس استثنائي من قاعدة امتداد القوانين لتبرير استبعاد القانون الأجنبي و هو ممتد عند من يأخذ بهذا المبدأ وهذا هو مذهب او لجعل الاختصاص ينعقد أصلا لقانون القاضي او القانون الإقليمي ، وحينئذ يشكل قاعدة إسناد تقضي بتطبيق القانون المحلي باعتبارها مراً الغرض منه حماية الجماعة و يطلق عليه قوانين حماية او قوانين النظام العام التي تشمل كافة الحالات التي يطبق فيها قانون القاضي و كافة الحالات التي ينطبق عليها القانون الاقليمي مثل قوانين الأمن المدني و قوانين نظام الأموال و القوانين المتعلقة بالأفعال الضارة وهذا هو مذهب سافيني وبييه وقد كان يوجد في فرنسا اتجاه فقهي يتزعمه الفقيه لويس لوكا يعتبر ان قواعد الإسناد تفيض من النظام العام و مستوحاة منه على اعتبار أن للنظام العام دورا عاديا إذا كانت قواعد الإسناد تمنح الاختصاص لقانون القاضي او يكون له دور غير عادي او إقليمي فيصبح مصدرا لصيرورة

الاختصاص غير العادي إلى اختصاص عادي إذا وجب استبعاد القانون الأجنبي المختص و نظرة عاجلة في تحليل تبيين مساوئ هذا الرأي الناتج عن:

1/ الخط بين نطاق تطبيق قواعد الإسناد ووظيفة النظام العام، و مصدر هذا الخط ناتج عن سوء فهم الفقه التقليدي لمحتوى المادتين 3 فقرة 1 و6 من القانون المدني الفرنسي، لذلك عزف الفقهاء الفرنسيون المعاصرون عن هذا الرأي عن هذا الرأي وراو عدم جدوى صياغة قواعد الاسناد على هدي أفكار النظام العام في مجال تنازع القوانين مدام هناك أسس أخرى أكثر انضباطا ودقة يتم بموجبها توزيع الاختصاص التشريعي بصفة موضوعية ، مثلا أن المنازعات المتعلقة بالعقارات يرجع اختصاص القاضي فيها إلى قانون موقعها و الاختصاص التشريعي لقانون موقعها أيضا، وبالتالي إن القانون المطبق هو قانون القاضي و هو في الوقت ذاته القانون الإقليمي مما ينبغي عليه عدم تأسيس النظام العام على مبدأ إقليمية القوانين.

إن النظام العام على حد قول العميد باتيفول هو تركيبة متلاحمة لمختلف النظم القانونية يؤدي تدخله الى تحقيق نتيجتين هما:

أ/ هي تأكيد الاختصاص التشريعي الوطني وتوسيع مداه ولو تعلق الامر بمسائل المدنية ولو كانت قواعد القانون مكملة

ب/ إبطال مفعول القانون الاجنبي حتى تؤخذ التشريعية الوطنية بعين الاعتبار كاملة.

إن انية ومرونة النظام العام تجعلنا لانستغرب تحول موقف القضاء الفرنسي بسرعة منذ 1912، فيما يخص قبول دعوى إثبات النسب الولد غير الشرعي بدءا من هذا التاريخ بعد ان كانت مرفوضة قبله وبالمثل فيما يخص الطلاق قبل وبعد 1884 في هذا البلد. مع ان هذه المسائل خاصة بالحالة الشخصية و تسند للقانون الشخصي المختص.

2/ إن تأسيس النظام العام على مبدأ إقليمية القوانين غير صحيح دائما، سواء تعلق الأمر بشكل العمل القانوني المبرم في الخارج أو مكان تواجد المال في الخارج أو مكان وقوع الفعل الضار، إذ يجوز استبعاد القانون الأجنبي المختص إسنادا لمخالفته للنظام الأم في قانون القاضي، لو أنه في القانون المحلي غير مخالف للنظام العام.<sup>1</sup>

3/ ويوجد فارق آخر بين دور النظام العام و قاعدة الاسناد العادية من حيث الوقت الذي يعتد به فقاعدة الاسناد الواجبة التطبيق هي القاعدة السارية المفعول وقت نشوء المركز القانوني بينما يتحدد محتوى النظام العام بوقت المنازعة أمام القضاء، بل قد يتغير هذا المحتوى صدفة بين وقت رفع الدعوى ووقت النطق بالحكم وعلى القاضي ان يحكم في ضوء هذا التغيير المفاجئ إن الشيوعية كانت من النظام العام في الاتحاد السوفييتي ولكنها ليست كذلك اليوم بعد انهيار هذه الدولة الفدرالية صدفة

4/ من الممكن ان نستنتج بسهولة ان النظام العام ليس قاعدة للإسناد ، وهذا من صياغة ومكان تواجد المادة 24 مدني جزائري ، فهذه المادة توحى من خلال ترتيب ورودها في نهاية الفصل الخاص بتنازع القوانين و صياغتها بمفهوم المخالفة وتوضح ان القوانين الاجنبية المعنية حسب قواعد الاسناد السابقة متوقف تطبيقها على حالة عدم مخالفتها للنظام العام الجزائري ومن ثم إن المشرع الجزائري على غرار بقية المشرعين قصد من الدفع بالنظام العام وفقا من نص المادة المذكور جعله قييدا على تطبيق القانون الأجنبي المختص ، يتم تحريكه في صورة دفع لاستبعاد هذا القانون بعد مرحلة أعمال قواعد الإسناد.

**المطلب الثاني: شروط الدفع بالنظام العام والقوانين ذات التطبيق الخاص**

<sup>1</sup>الطيب زروتي-القانون الدولي الخاص الجزائري -الجزء الاول -مرجع سابق صص -272-277

إن إعمال الدفع بالنظام العام الدولي و استبعاد القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة الإسناد يقتضي من القاضي أولاً التأكد من تعارض هذا القانون مع الأسس الجوهرية التي يستند عليها قانونه، ويتطلب ان يكون للنزاع المطروح على القاضي رابطة مع دولته

### الشرط الأول: تعارض القانون الأجنبي مع الأسس الجوهرية لدولة القاضي

يعود للقاضي تقدير وجود هذا التعارضو مداًهيميته.ولكن هل يقوم بهذه العملية التحليلية بطريقة مجردة بحيث يستبعد القانون الأجنبي حالما يتحقق من تعارضه مع أحكام قانونه، أم أنه ينظر إلى النتيجة التي يؤدي إليها تطبيق هذا القانون وبالتالي يعمد إلى التحليل الواقعي للمسألة حسب كل حالة على حدة؟

إن الأمر المغيظ والذي يحث على إعمال الدفع بالنظام العام ليس مضمون القاعدة القانونية الأجنبيةة بحد ذاته بقدر ما تكون النتيجة غير المقبولة التي تؤدي إليها هي المضمون.هذا يدفعنا إلى القول بلزوم أن يكون تحليل القاضي واقعياً وليس مجرداً.غيرأن هذه الملاحظة لاتصح إلا في بعض القضايا البسيطة مثال يمكننا ان نتصور قبول القاضي الاردني بتطبيق القانون الشخصي الاجنبي الذي يحدد سن الرشد بخمسة عشر عام ليقدر تمام أهليه الشخص سبق وبلغ الثامن عشر من عمره.

نجد هنا بأنه سبق وان توضح للقاضي من خلال الواقع فقط ان تطبيق القانون الأجنبي على النزاع سيؤدي بكل الأحوالإلى نتيجة متوقعة مع النظام العام الدولي، في حين أنه لن يستطيع التحقق من هذا الامر مسبقا في القضايا الأكثر تعقيداً.

يقدم لنا الفقه الفرنسي في هذا السياق مثالا يتعلق بحضانة الطفل لو افترض القاضي الفرنسي مسبقا توافق القانون الأجنبي (الذي يمنح ألياً حضانة

الطفل إلى والده) مع النظام العام الدولي الفرنسي الذي يمنح الحضانة الى أحد والديه وفقا لما يتحقق من توافر هذه المصلحة أثناء تطبيقه لهذا القانون الأجنبي؟ فهو بالطبع سيبحث في تحقق شروطها وسيقوم بدراسة الأدلة وإجراء التحقيقات اللازمة وغيرها للتأكد من مصلحة الطفل تتحقق في كنف أبيه، إن بحث القاضي الفرنسي عن المصلحة طبق ما اشترطه القانون الفرنسي يؤدي به عمليا إلى استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته النظام العام الفرنسي و تطبيق القانون الفرنسي الذي يجعل مصلحة الطفل المعيار الوحيد في تقرير الحضانة لأحد الوالدين. لذا نعتقد بأن القاضي أن يعتمد إلى التحليل المجرد للقانون الأجنبي لمعرفة مدى مطابقته للنظام العام أو معارضته له.

إن يثبت الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام بموجب قواعد الإسناد في قانون القاضي إذ لاداعي لتحريك الدفع بالنظام العام في حالة عدم اختصاص القانون الأجنبي ، مادامت توجد وسائل أخرى عادية لاستبعاده من ذلك ان يثبت الاختصاص لقانون القاضي باعتباره قانونا إقليميا بصفته قانون موقع المال او بوصفه من قوانين الامن و البوليس و في حالة كون القانون الأجنبي يرفض الاختصاص و يحيل حكم العلاقة إلى قانون القاضي ، وهذا الأخير يقبل الإحالة ذلك قد يستبعد القانون الأجنبي المختار من المتعاقدين إذا تعلق الأمر بتصرفات الإرادية وكان اختيار المتعاقدين غير بأن انعدمت الصلة بين القانون الاجنبي المختار و أطراف العلاقة القانونية أو موضوعها فيستبعد هذا القانون و يحل محله قانون اخر .تتركز إقليمية العلاقة القانونية بأهم عناصرها البارزة وذلك لتخلف الشروط المطلوبة حسب مبدأ قانون الإرادة<sup>1</sup>

### الشرط الثاني: وجود رابطة بين النزاع المطروح ودولة القاضي

<sup>1</sup>محمد وليد المصري –الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة للتشريعات العربية و القانون الفرنسي-دار الثقافة للنشر و التوزيع-2009م-1430هـ عمان الأردن- صص 260-261

إن مجرد التحقق من تعارض القانون الاجنبي مع النظام العام الدولي لا يكفي لتبرير استبعاده بل لابد من أن يؤدي تطبيق هذا القانون التي تحقق اصطدامو تتافر صارخ مع النظام العام لدولة القاضي الناظر في النزاع، وهذا يفرض ان يكون للنزاع رابطة مع دولة القاضي ولا يعد مجرد اختصاص القاضي للنظر في النزاع كافيًا بحد ذاته، إلا إذا كان القانون الأجنبي يتعارض مع ابط الحقوق الطبيعية للإنسان أو أنه كان ظالما للغاية، كأن يبيح الرق و التمييز العنصري حسب لون الإنسانودينه. عندها لا يمكن للقاضي أن يرفضه، ولو لم يكن المجتمع الاردني معنيا مباشرة بالنزاع ما عدا ذلك من الصعب القبول بتمسك القاضي بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي وتعطيل قواعد الاسناد في تشريعه بشأن قضية لاتعنيه في الواقع.

لا يمكن القول بوجود تعارض مع النظام العام إلا اذا كان المجتمع الأردني بركائزه الأساسية و معتقداته الجوهرية مهددا من جراء تطبيق القانون الأجنبي، فإذا نشأت علاقة قانونية في بلد أجنبي بين أشخاص أجنب و طلب من القاضي الأردني البت في صحة هذه العلاقة ،فلا يوجد أي سبب لاستبعاد القانون الأجنبي واجب التطبيق بموجب قاعدة الإسنادالأردنية بحجة تعارضه مع المبادئ الأساسية أو الاجتماعية للحضارة الأردنية او السياسية او لسياسة تشريعية أردنية ما.

إن هذا سيكون عديم الفائدة من جهة لان المجتمع الاردني معنيا بهذه القضية ومن جهة أخرى سوف يؤدي ذلك الى رفض الحكم الأردني خارج الأردن لأنه على الأغلب سوف يتطلب تطبيق هذا الحكم في بلد أجنبي

لكن ما هو المعيار في تحديد هذه الرابطة؟

رفضت بعض التشريعات ربط أعمال الدفع بالنظام العام بوجود رابطة حقيقية للنزاع لدولة القاضي هذا ما نصت عليه المادة 3/36 من مجلة القانون

الدولي الخاص التونسي(لا يخضع الدفع بالنظام العام لمدى قوة ارتباط النزاع بالنظام القانوني التونسي) وبالتالي على القاضي التونسي أن يثير الدفع بالنظام العام مهما كانت جنسية أطراف النزاع

بينما اشترط القضاء الفرنسي وجود رابطة بين القضية المطروحة وقانون القاضي ليتم إعمال الدفع بالنظام العام وخاصة في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالزواج والطلاق و البنوة و التبني. ففي قضايا تعدد الزوجات مثلا، يعطي القضاء الفرنسي الزوجة الاولى الحق في طلب الطلاق إذا اقترن زوجها بامرأة أخرى بشرط ان يكون لهذه الزوجة الأولى علاقة بفرنسا: كأن تكون فرنسية الجنسية او مقيمة في فرنسا او إذا كان الزوج نفسه و زوجته مقيمان في فرنسا، في حين أنه يرفض هذا الحق على الرغم من تكريسه في قانون الجنسية المشتركة للزوجين إذا لم يكن للزوجة ولا للزوج أي رابطة بفرنسا.

تجدر الإشارة أيضا إلى أن النظام العام الفرنسي يتدخل لرفض منح أي أثر للزواج الثاني المبرم خارج فرنسا بمواجهة الزوجة الفرنسية في حين انه يعترف بآثار هذا الزواج في فرنسا إن لم تكن الزوجة فرنسية.

لا يمكن إذن تجاهل مسألة الرابط بين دولة القاضي والنزاع عند الدفع بالنظام العام. صحيح أن المشرع الأردني لم يشترط صراحة مثل هذا الرابط واكتفى كما فعلت غالبية التشريعات العربية، بتقرير عدم جواز تطبيق القانون الاجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة وفي المملكة الأردنية الهاشمية **المادة 29 مدني**، إلا ان ضرورة توافره تستشف بسهولة من خلال المواد التي جعلت الصفة الوطنية لأحد أطراف العلاقة سببا كافيا لتطبيق القانون الأردني واستبعاد القانون الأجنبي، وهو أمر يمكن تفهمه و قبوله خاصة في مسائل الأحوال الشخصية لارتباطها بالجنسية و بالعقيدة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>محمد وليد المصري –الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة للتشريعات العربية و القانون الفرنسي-مرجع سابق ص-ص 261-263

وخلص القول إنه لا بد لإعمال الدفع بالنظام العام الاردني والعربي من توافر صلة مباشرة للنزاع مع دولة القاضي، إن وجود هذه الصلة هو الذي يولد في الواقع امتعاضا في الرأي العام الأردني (العربي) ناتجا عن تطبيق القانون الاجنبي المتعارض بشكل صارخ مع المبادئ الجوهرية السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية في الأردن و الدول العربية بكل ما يترتب ذلك من انعكاسات سلبية على المجتمع بينما لا يحدث أي شيء من هذا القبيل إذا لم يكن للنزاع صلة بالأردن.<sup>1</sup>

وتجدر الإشارة أخيرا إلى أن سلطة القاضي في التحقق من مسألة تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام ليست مطلقة في هذا المجال، فلا يحق له أن يعتمد فحسب على آرائه الشخصية، بل يتوجب عليه ان يتحرى مواطن التعارض في مضمون القانون الاجنبي بكل موضوعية، وان يستند على الركائز الاجتماعية و الاقتصادية التي تشكل رأي الجماعة في دولته، وبالتالي لا يمكن له ان يقرر استبعاد القانون الأجنبي لمجرد اختلافه عن قانونه فحسب \* ان يتوافر مقتضى من مقتضيات النظام العام لتحريك هذا الدفع والامتناع عن تطبيق قانون أجنبي او الاعتراف بما نشأ تحت سلطانه من آثار في بلد القاضيبيدها يقتضي هذا الشرط إن يكون القانون الأجنبي مختلفا في حكمه الموضوعي مع نظيره في قانون القاضي اختلافا جذريا بصفة كلية أو جزئية إلا انه لا جدوى لإجراء محاولات مسبقة للحد من نطاق تدخل النظام العام عن طريق تقسيم القوانين إلى قوانين من النظام العام و أخرى ليست منه.

بل إن جهود المؤتمرات الدولية حاولت تذليل الصعوبات و المجالات التي يعمل فيها النظام العام كنظام الأسرة لم تفلح دون التحفظ لاحترامه، إن صفتي الآتية و النسبية اللتان يتصف بهما النظام العام تجعلانه يختلف في المكان و أيتغير

<sup>1</sup>محمد وليد المصري -الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة للتشريعات العربية و القانون الفرنسي-مرجع سابق ص-264

في الزمان فما هو من النظام العام في المجتمع قد يكون غير ذلك في مجتمع آخر، إن تعدد الزوجات مثلا مخالف للنظام العام في الدول المسيحية بينما هو مباح في الدول الإسلامية، و الزواج الديني مأخوذ به في بعض الدول المسيحية و يترتب علي مخالفته البطلان المطلق بينما هو في مجتمعات أخرى مجرد إجراء شكلي لايؤثر في الموضوع ، و الشيوعية في المجتمع الصيني تعد من النظام العام بينما هي في المجتمع الأمريكي مخالفة للنظام العام ، ان العلة في هذا التباين و الاختلاف من مجتمع لآخر ترجع إلى تنوع مقتضيات النظام العام من مجتمع لآخر<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup>الطيب زروتي المرجع السابق ص 279

## المطلب الثالث: آثار الدفع بالنظام العام

يثير الدفع بالنظام العام مسائل معقدة نظرا لتباين المواقف الفقهية و القضائية على الصعيد العملي السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو معرفة ما إذا كان تحريك الدفع بالنظام العام يؤدي إلى استبعاد القانون الأجنبي المختص لحكم العلاقة القانونية برمتها أم استبعاد القانون الأجنبي المختص لحكم العلاقة القانونية برمتها أم استبعاد الحكم القانوني المخالف للنظام العام جزئية مع بقاء اختصاص هذا القانون فيما عداها في مسائل أخرى، ماذا كان تدخل النظام العام يتم بالفاعلية و الصرامة نفسها فيما يخص التصدي لإنشاء الحقوق في بلد القاضي طبقا لقانون أجنبي أم يمتد أيضا بالنسبة للتمسك بآثار حقوق مكتسبة في الخارج طبقا لقانون مختص عند نشأتها و بالمثل يتعين معرفة فعالية النظام العام ما إذا كانت مطلقة أم نسبية و هذا ما يسمى بالآثر<sup>1</sup> و نتطرق فيما يلي لآثار الدفع بالنظام العام و المتمثلة فيما يلي:

### فرع الأول: الآثار العادية

وجد اتجاهان في أقوال الفقهاء وفي التشريعات في نطاق هذه الآثار

#### 01/ استبعاد الجزء المخالف للنظام العام من القانون الأجنبي:

اتجه الفقه الألماني بصفة خاصة إلى أن تطبيق فكرة النظام العام يجب ألا يؤدي إلى استبعاد القانون الأجنبي بأكمله، وإنما تستبعد فقط القاعدة والقواعد المخالفة للمبادئ الأساسية للنظام القانوني الوطني للقاضي، متأثر في ذلك بحكم محكمة الرايخفي 1922/12/19 بشأن استبعاد قاعدة عدم تقادم الديون الواردة بالقانون السويسري. القانون الاجنبي واجب التطبيق. وتطبيق قاعدة التقادم بمضي عشر سنوات.

<sup>1</sup> د/الطيب زروتي مرجع سابقص 280

وقد وجد لهذا الاتجاه مجال للتطبيق حيث قننه المشرع البرتغالي بالمادة 22 الفقرة 02 من القانون المدني التي أوجبت عدم الرجوع إلى القانون الوطني للقاضي إلا بعد أن يحاول تطبيق ما يصلح من قواعد في القانون الأجنبي ذاته، و المشرع النمساوي بالمادة 06 الفقرة 02 من مجموعة القانون الدولي الخاص و التي تقرر أنه يجوز تطبيق حكم في القانون الأجنبي إذا كان تطبيقه يؤدي إلى نتيجة تتعارض مع القيم الأساسية للنظام القانوني النمساوي، و المشرع المصري بالمادة 27 القانون المدني ، و المشرع التركي بالمادة 05 من مجموعة القانون الدولي الخاص وقد استند هذا الاتجاه إلى أن الاستبعاد الجزئي للقانون يتفق مع غاية وطنية الدفع بالنظام العام<sup>1</sup>، إذ الهدف هو درء الخطر الذي يتهدد الأسس و القيم العليا للمجتمع الوطني و الوسيلة المستخدمة هي وسيلة ذات طبيعة استثنائية تقطع المجرى الطبيعي لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية، ومن ثم يجب ألا تتوسع في تفسيرها و لا في استخدامها احتراماً لقاعدة التنازع الوطنية.

وكذلك القضاء الفرنسي في أكثر من مناسبة نجده استبعد الجزء المخالف

فقط ومن أمثلة ذلك على الرغم من عد محكمة النقض الفرنسية القاعدة الإسلامية التي تمنع توريث غير المسلم من المسلم مخالفة للنظام العام الدولي الفرنسي فإنها استبعدت فقط الجزء فقط القانون الإسلامي، أما فيما يتعلق ببيان مراتب الورثة ونصيب كل منهم فإنها أبقّت على اختصاص هذا القانون.

-عد القضاء الفرنسي القانون الأجنبي النمساوي متعارضاً مع النظام

العام الفرنسي في تقدير السلوك غير اللائق في مسألة النسب الطبيعي ولكنها أبقّت على هذا القانون فيما يتعلق يشترط إثبات البنية الطبيعية.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يحكم بالاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي إلا إذا أثار ذلك ممكناً، في الواقع من الصعب في بعض الحالات فصل جزء القانون الأجنبي عن الأجزاء الأخرى لارتباطها ببعضها بعضاً ارتباطاً بالسبب بالنتيجة.

فلا يمكن مثلاً إقصاء قسم من القانون الأجنبي الذي يمنع الطلاق القائم على الخطأ ثم الإبقاء في الوقت نفسه على اختصاص هذا القانون بحكم آثار الطلاق

<sup>1</sup>اصلاح الدين جمال الدين -القانون الدولي الخاص الجنسية و تنازع القوانين -دراسة مقارنة -دار الفكر الجامعي الإسكندرية ص ص351-

فحسب. القانون الأجنبي هنا لايعترف أصلا بهذا الطلاق فكيف له ان يحكم  
آثاره؟

لهذا السبب لا يمكن فصل أجزاء القانون الأجنبي إذا كانت مرتبطة ببعضها  
بعضا بشكل يمنع تطبيق جزء منها دون الآخر. هذا ماقرره القضاء الفرنسي في  
قضية **patino** حيث استبعدت محكمة النقض القانون البوليفي لمخالفته النظام  
العام الفرنسي كونه يمنع التفريق الجسماني بين الأشخاص، وطبقت بدلا عنه  
القانون الفرنسي ليس فقط فيما يخص السماح للزوجين بالانفصال وإنما ما يتعلق  
بمسألة النظام المالي لهما أيضا

## 02/ الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي وتطبيق قانون القاضي:

إن استبعاد القانون الأجنبي جزئيا أو كليا يتسع بالضرورة تطبيق قانون  
آخر ليتمكن القاضي من البت في النزاع فما هو القانون البديل؟

### أ/الأخذ بنص بديل في القانون الأجنبي (المذهب الألماني)

يذهب القضاء الألماني إلى ضرورة البقاء في دائرة القانون الأجنبي، لأنه  
صاحب الاختصاص الأصلي الذي أشارت إليه قاعدة التنازع ، فإذا كان هذا  
القانون معارضا للنظام العام لدولة القاضي وجب على هذا الأخير البحث عن  
نص بديل في القانون الأجنبي نفسه يكون متوافقا مع النظام العام و فقط، وفي  
حالة عدم وجود هذا النص يمكن تطبيق قانون القاضي.

وقد سبق وقرر القضاء الألماني استبعاد مادة في القانون السويسري تقضي بعدم  
قابلية الدين للانقضاء بمرور الزمن لمخالفتها للنظام العام الألماني، وطبق بدلا  
منها نص آخر في القانون نفسه يأخذ بأطوال أنواع التقادم المقرر فيه<sup>1</sup>

يستند هذا الحل إلى مبررات تبدو منطقية، فهي تقوم على الصفة الاستثنائية  
للدفع بالنظام العام والحرص على وظيفة قاعدة الإسناد وعدم إهدارها بإخلال

<sup>1</sup>محمد وليد المصري –الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة للتشريعات العربية و القانون الفرنسي-مرجع  
سابق ص-266-267

القانون الوطني بمجرد ظهور تعارض القانون الأجنبي الذي عينته مع النظام العام لدولة القاضي على الرغم من ذلك انتقد هذا الاتجاه لعدة أسباب نلخصها فيما يلي:

(1) إن الأخذ به يؤدي إلى منح القاضي سلطة مشابهة لسلطة المشرع الذي يعود له فقط الحق في تحديد ما يجب تطبيقه من القانون الأجنبي وما يجب استبعاده

(2) إن اختيار لقاضي في القانون الأجنبي لنص مشابه بدلا من نص المعارض للنظام العام يؤدي إلى تطبيق قاعدة قانونية على نزاع غير الذي وضعت لأجله.

(3) يجب إعطاء الأولوية لنص بقانون القاضي وضع خصيصا لمواجهة النزاع المطروح على القاعدة الأجنبية التي لم توضع أصلا لمواجهة النزاع المطروح لهذه الأسباب لم يحصل هذا الموقف على إجماع الفقهاء

1

#### (ب) تطبيق القانون الوطني (القاضي)

يلاحظ أنه من المعتاد ألا يتكلم المشرع عن الأثر الناتج عن تطبيق الدفع بالنظام العام ومن ثم اتجهتا لآراء التي تتكلم عن الإسناد الإجمالي للقانون الأجنبي، وباعتباره هذا الأخير كل لا يتجزء ولا يصح استبعاد بعض قواعده دون البعض الآخر إلى وجوب الاستبعاد الكلي للقانون المشار إليه على أن يتم ملء الفراغ الناجم عن ذلك بتطبيق القانون الوطني للقاضي وهو ما كرسته المادة 73 من القانون المدني الكويتي الصادر عام 1961 واتبعه المشرع القابوني بالمادة 30 والسنغالي بالمادة 851 و المشرع الإماراتي بالمادة 28.

ج/اختلاف آثار تطبيق الدفع بالنظام العام في الشريعة الإسلامية عنها في النظم الوضعية تختلف هنا الآثار التي يربتها الدفع بالنظام العام في القوانين الوضعية عن تلك التي يربتها تطبيق الدفع بالنظام العام في الشريعة الإسلامية ، فلامجال للأخذ

<sup>1</sup>صلاح الدين جمال الدين -مرجع سابق -ص 353-

بفكرة الاستبعاد الجزئي اذ من المقرر أنه فيما يتعلق بأحكامها التي لاتقبل التغيير و التبديل أنه يجب استبعاد أي قانون أو تشريع أجنبي استبعادا كلياً لصالح تطبيق الشريعة الإسلامية التي تستأثر بكل اختصاص تشريعي، سواء في ذلك أن تتعلق القاعدة الواجب استبعادها بجانب الموضوع ام بجانب الشكل من جانبي صحة نشأة المركز القانوني ، و سواء في ذلك ان يعرض النزاع بشأن مرحلة نشوء الحق ام مرحلة نفاذه.

-ذلك انه إذا كان استبعاد القانون الأجنبي أمراً واجباً كلما تخلف الاشتراك القانوني بين قانون القاضي و القانون الأجنبي المختص فإنه يكون واجباً كلما كان تطبيق القانون الأجنبي يمكن ان يمس أصلاً من أصول التشريع الإسلامي باعتباره المصدر الأول للقانون في مصر و البلاد الإسلامية سواء كان بسبب هذا الانقطاع راجعاً إلى أسباب فنية ، كما إذا كانت دولة القاضي تجهل النظام القانوني الذي يطبق في الدولة الأجنبية ، او لاعتبارات ملائمة ، كما إذا كان قانون القاضي لا يقر وضعاً سائداً في القانون الأجنبي المراد تطبيقه في هذا الصدد مثل إثبات نسب الولد الطبيعي فإذا كانت فكرة النظام العام في القوانين الوضعية فكرة نسبية فإنها في الشريعة الإسلامية فكرة نسبية فإنها في الشريعة الإسلامية فكرة مطلقة، ومن ثم يجب استبعاد كل قانون أجنبي يتنافى مع التشريع الإسلامي و أسس العقيدة الدينية أي يتنافى مع النظام العام الإسلامي استبعاداً كلياً مع إحلال القانون الإسلامي محله بغير تفرقة في اثار النظام العام بين حالة يعرض فيها الدفع بمناسبة إنشاء الحق في دولة القاضي او بصدده نفاذه فيها، خاصة وان القاعدة الأصلية هي أن أحكام الإسلام إقليمية في دار الإسلام ومن ثم فهي تلزم كمبدأ عام للمسلمين وغير المسلمين فيما يتعلق بالمعاملات<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: الآثار الاستثنائية للدفع بالنظام العام

<sup>1</sup>صلاح الدين جمال الدين -القانون الدولي الخاص الجنسية و تنازع القوانين -دراسة مقارنة -دار الفكر الجامعي الإسكندرية ص 353-

## 1) الأثر المخفف للدفع بالنظام العام: حرص القضاء الفرنسي على التمييز بين

حالتين في رفض الدفع بالنظام العام:

\* حالة الحق المخالف للنظام العام الفرنسي الذي نشأ في الخارج وفقا للقانون

الأجنبي ويراد الاعتراف بآثاره فحسب في فرنسا

\* حالة الحق المخالف للنظام العام الذي يراد إنشاؤه في فرنسا

فإذا كان النظام العام الدولي الفرنسي يتأذى من جراء قيام مثل هذا الحق في الحالة الثانية يرفضها بشكل قطعي، إلا أنه يتقبل الحالة الأولى لأنها تقتصر على الاحتجاج بآثارها الحق على الأراضي الفرنسية وهذا ما يدعى بالأثر المخفف للنظام العام الدولي.

-يرجع معيار هذا التمييز إلى درجة التسامح التي يقبل بها القاضي الوطني في مدى معارضة القانون الأجنبي للنظام العام في دولته.

وقد تمكن القضاء الفرنسي بفضل الأثر المخفف من الاعتراف ببعض المؤسسات المكرسة في الشريعة الإسلامية مثل الطلاق بإرادة المنفردة و تعدد الزوجات على الرغم من مخالفتها لنظام العام الدولي الفرنسي فعلى الرغم من رفض النظام العام الفرنسي لأي زواج متعدد في فرنسا إلا ان هذا لم يمنع القاضي الفرنسي من الاعتراف بآثار الزواج الثاني إذا تم صحيحا في الخارج ، حيث يحق مثلا للزوجة الثانية أن تطالب بالحكم لها بالتعويضات وفاة زوجها او بالنفقة الزوجية و بحقها في الميراث، ليس في هذه الاثار في الحقيقة ما يؤدي المبادئ الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع الفرنسي.

كما أنه في مسائل الطلاق بإرادة منفردة، قرر القضاء الفرنسي عدم الاعتراف به إن وقع في فرنسا (وإن كان القانون الشخصي للزوج يسمح بذلك) ولكنه في الوقت نفسه اعترف بأثر هذا الطلاق إذا حصل في الخارج.

إلا انه يجب عدم المبالغة في إعطاء الأثر المخفف دورا أكبر مما قبل به القضاء الفرنسي نفسه في الواقع لم يقبل القضاء الفرنسي بالأثر المخفف بصورة مطلقة فهو يرفض الاعتراف بآثار الزواج المتعدد بحد ذاتها مخالفة للنظام العام الفرنسي، فلا يحق مثلا للزوجة الثانية في فرنسا بأي معونة اجتماعية الاعتراف بآثار الزواج الثاني في فرنسا إذا كانت الزوجة الأولى فرنسية أو مقيمة في فرنسا وهذا ما أشير إليه سابقا بسبب تأدي الرأي العام الفرنسي بهذا وبالتالي ينتج الدفع بالنظام العام الفرنسي آثاره كاملة دون أي تخفيف.

-كما رفض القضاء الفرنسي في مسألة الطلاق بإرادة منفردة الاعتراف بآثار وان تم في الخارج متى كانت الزوجة المطلقة فرنسية أو مقيمة في فرنسا.

-في حقيقة الأمر لقد اضطر القضاء الفرنسي إلى عدم إعمال الأثر المخفف للنظام العام في هذه الحالة بسبب اللجوء الآلي للأزواج المغربيين و الجزائريين إلى قوانين بلادهم بذهابهم إليها بنية إجراء الطلاق، ثم العودة إلى فرنسا و الاحتجاج بهذا الطلاق بمواجهة زوجاتهم الفرنسيات.

وتجدر الإشارة أيضا إلى ان القضاء الانجليزي اعترفا بأثار الزواج المتعدد المعقود خارج إنجلترا لاعتراف بشرعية أولاد الزواج الثاني، وسلم بحق هؤلاء الأولاد الإرث من والديهم ويحق لزوجات الإرث من أزواجهن.

بناء على ماتقدم نجد أن فكرة الحقوق المكتسبة لا تبرر دائما إعمال الأثر المخفف للنظام العام فقد رفض القضاء الفرنسي الاعتراف بأثار التأميم الذي وقع خارج فرنسا دون تعويض عادل ودون ان يلتفت إلى فكرة الحق المكتسب، كما أنه امتنع عن إعطاء أي أثر للزواج الثاني المعقود خارج فرنسا عندما رفض منح معونة اجتماعية للزوجة الثانية على أساس ان الزوجة الاولى سبق وحصلت عليه فإن مفهوم الاثر المخفف للنظام العام مازال فضاضا ويخضع للسلطة التقديرية للقاضي الفرنسي.

بالمقابل يجدر القول بأن فكرة الأثر المخفف قد لا تجد لها تطبيقا في التشريعات العربية في مسائل الأحوال الشخصية ففي الأردن و سوريا و مصر و الكويت و العراق وعبرها من الدول العربية ستند النظام العام إلى مبادئ الشريعة الإسلامية.<sup>1</sup>

## (2) الأثر الانعكاسي للنظام العام:

ثار تساؤل عن قيمة العلاقة القانونية التي تتم وفقا لمقتضيات النظام العام في بلد وفي البلاد الأخرى؟

الحقيقة أنه إذا كان لانزاع في ان الحق الناشئ من هذه العلاقة يحتج به في بلد القاضي فإنه لانزاع أيضا في أن هذا الحق لا يحتج به في البلد الاجنبي الذي استبعده قانونه، اما الاحتجاج بالحق في البلاد الاخرى او عدم الاحتجاج به فيتوقف على مدى توافق مقتضيات النظام العام في دولة الثالثة مع هذه المقتضيات في بلد القاضي او في البلد الذي استبعده قانونه ، فإن ضم الدولة الثالثة ودولة القاضي اشتراك قانوني ، كانت مقتضيات النظام العام فيهما واحدة و امكن الاحتجاج في الدولة الثالثة بالحق الذي نشأ في دولة القاضي وهذا هو ما يعبر عنه بالأثر الانعكاسي للنظام العام أو ما يعبر عنه بأن النظام

<sup>1</sup>محمد وليد المصري -الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص -مرجع سابق -ص-ص-269-272

العام الأجنبي لم يكن في حقيقة الأمر سوى أداة للتعبير عن مضمون النظام العام الوطني ذاته.

-وأما إذا كانت الدولة الثالثة لا يضمها اشتراك قانوني مع دولة القاضي بل يضمها اشتراك قانوني مع الدولة التي استبعدت قانونها، لما أمكن الاحتجاج بالحق في تلك الدولة الثالثة وعلى ذلك فلو رجعنا إلى قضية زواج اليونانيين في الشكل المدني في فرنسا، فإن هذا الزواج لا يحتج به في اليونان ( التي استبعد قانونها الذي يرفض الزواج المدني) حيث الزواج نظام ديني ، ومع ذلك يمكن ان يحتج به في بلجيكا حيث الزواج نظام مدني وهكذا<sup>1</sup>

### المبحث الثاني: الدفع بالغش نحو القانون

إن موضوع الغش أو التحايل هو ليس بالجديد فهو موضوع متعارف عليه موجود في أغلب القوانين، ولعل القاعدة الثابتة والمتعارف عليها (الغش يفسد كل شيء) قد ظهرت للحد من عمليات الغش أو التحايل التي يقوم بها الأفراد بقصد الوصول الى مصالح وغايات شخصية قد يحد منها القانون او يمنعها من خلال قواعده الآمرة والناهية.

إلا أن مسألة الغش في مجال القانون الدولي الخاص ذات طابع خاص ، فهي تختلف عن باقي القوانين الأخرى ولعل ما يبرر ذلك هو مسألة الشرعية التي من خلالها يتوصل الأفراد إلى غايتهم الشخصية و بطريقة قانونية ، وإن العامل الأكبر الذي يساعد الأفراد في الوصول لما يمنعه عليهم قانونهم هو تنوع الأنظمة القانونية لكل دولة و اختلافها عن بعضها .

ان مسألة الغش في مجال القانون الدولي الخاص قد أثارت جدلا واسعا بين جمهور الفقهاء، فبعضهم يرى أن الغش في القانون الدولي الخاص أمر مشروع مادام التوصل إليه قد تم بطريقة مشروعة و سليمة قانونا وبعضهم قد ذهب إلى أبعد من ذلك فقد اعتبره حقا للأفراد لايحوز المساس به و التجاوز على إرادتهم

<sup>1</sup>صلاح الدين جمال الدين -القانون الدولي الخاص الجنسية و تنازع القوانين -دراسة مقارنة -دار الفكر الجامعي الإسكندرية ص 257-258

في تحديد القانون الواجب التطبيق عليهم ،أما البعض الآخر فقد أخذ بالقاعدة القانونية الثابتة و المتعارف عليها و التي هي (إن الغش يفسد كل شيء)<sup>1</sup> ويعود أصل الغش نحو القانون كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي إلى القضاء الفرنسي الذي طبقه أول مرة بتاريخ 1878/03/128 في قضية تسمى بقضية الأميرة la princesse de Bauffremont وتتخلص وقائع هذه القضية في أن أميرة بلجيكية الأصل تزوجت بأمير فرنسي و استقرت معه في فرنس و اكتسبت الجنسية الفرنسية و على إثر خلاف بينهما حاولت الحصول على الطلاق غير أنها لم تستطع لكون القانون الفرنسي آنذاك كان يمنع الطلاق فلجأت إلى التجنس بجنسية إحدى الدويلات الألمانية التي يجيز قانونها الطلاق و تمكنت بعد ذلك من الطلاق من زوجها الأول وتزوجت بأمير روماني يدعى Bibesco واستقرت معه في فرنسا.

-وحصل بعد ذلك ان رفع زوجها الاول دعوي طالب فيها ببطلان الزواج الثاني لكون الطلاق لايعتبر صحيحا، لأنه تم بعد تغيير الجنسية ، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1878/03/18 بإبطال الزواج الثاني على أساس أن الطلاق لم يتم إلا بعد تغيير الزوجة لجنسيتها ، وهو ما يشكل غشا نحو القانون.

-ومنذ ذلك التاريخ إستقر القضاء الفرنسي على الاخذ بالغش نحو القانون كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي، كما طبقها القضاء في دول عديدة مثل بلجيكا وانجلترا واتجهت بعض الدول إلى سن نصوص صريحة لها مثل المجر و إسبانيا و الجابون و يوغسلافيا سابقا.وقد اعتمد المشرع الجزائري في نص المادة 24 من القانون المدني \* \* لا يجوز تطبيق القانون الاجنبي بموجب النصوص السابقة او ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون \* \*<sup>2</sup>

### المطلب الأول: مفهوم الغش نحو القانون وشروطه

<sup>1</sup>رسالة ماجستير في القانون الخاص -النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية -جامعة الشرق الأوسط -حزيران 2020-ص 74  
<sup>2</sup>الدكتور حمزة فتال ، القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق -ص ص 375-376.

لم يتعرض المشرع الجزائري لتعريف الغش في هذا المجال ولا حتى

القضاء أيضا، وبالتالي نلجأ إلى اجتهادات الفقه في تعريفه:

نصت المادة 24 من القانون المدني الجزائري على أنه (لا يجوز تطبيق القانون

الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة

في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون)

أدخل المشرع الجزائري فكرة الغش نحو القانون بعد تعديل القانون المدني

في سنة 2005 بمقتضى القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005 لكنه

لم يعرف الغش نحو القانون في مجال قواعد التنازع ، وفي مجال الفقه و القانون

فإن قاعدة الإسناد هي القاعدة القانونية التي تختص بتعيين القانون الواجب

التطبيق على النزاع المشتمل على عنصر أجنبي ، و في مضمون هذه القاعدة

نجدها تتكون من عناصر ثلاث تفصيلا ، وهم الطائفة المسندة او الفكرة المسندة

و القانون المسند إليه و ضابط الإسناد باعتباره وسيلة ربط بها المشرع بين الفكرة

المسندة و القانون المسند إليه.

ويعتبر ضابط الإسناد أداة أساسية في مجال تنازع القوانين فعلى إثره يتم

ضبط و تحديد هوية القانون الواجب التطبيق ، و بالتالي فهو المحدد الرئيسي و

الموجه الفعلي لمصير القضية المشتملة على العنصر الأجنبي ، لذا يكتسي

أهمية بالغة في علاقته بقواعد الإسناد وما تتميز به من حيث احتوائها على

ضوابط إسناد ، معظمها قابل للتغيير بإرادة الأطراف سواء بحسن النية أم العكس

، وعليه فإذا أفلح الأطراف أو أحدهم بإحداث هذا التغيير سيترتب عنه بالضرورة

تغيير القانون الواجب التطبيق بمعنى : تصبح العلاقة القانونية المشتملة على

العنصر الأجنبي خاضعة لقانون آخر ، غير القانون المختص بحكمها أصلا ،

لو لم يقع ذلك التغيير.

ومثاله أن يقوم أحد الأطراف بتغيير جنسيته باعتبارها تمثل ضابط الإسناد

بالنسبة لفئة الأحوال الشخصية ، كأن يغيرها من الجنسية الجزائرية إلى الجنسية

الفرنسية ، أو يغير في موطنه أو في ديانته إذا كان ذلك في بعض التشريعات

يؤدي إلى تغيير القانون الشخصي ، وبالتالي يتغير القانون الواجب التطبيق تبعا لذلك كما قد يختار المتعاقدان قانونا معيناً بموجب رخصة الاختيار المقرر لهما ، لينظم علاقتهما ، إلا أنه لا تربطهم حقيقة أي صلة بهذا القانون بل كان لأجل الإفلات من أحكام القانون الواجب التطبيق لو لم يتم هذا الاختيار، إلا أن المشرع الجزائري تدخل إثر تعديل القانون المدني الصادر بمقتضى القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005 وعدل في المادة 18 منه معالجا هذه الحالة بقوله " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد"

كما قد يتحايل أحد أطراف العلاقة القانونية على قواعد الإسناد الوطنية ، من خلال تضمين علاقتهم عنصرا أجنبيا مصطنعا للإفلات من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا كأن ينتقل المتعاقدان إلى دولة أجنبية من أجل إجراء تصرف قانوني على إقليمها بقصد تجنب تطبيق أحكام القانون المحلي لأن هذا الأخير يتعارض مع مصالحهم الشخصية فيتعين على القاضي الوطني الجزائري المعروف عليه مثل هذه النزاعات المشتملة على أحد الصور المشار إليها سابقا أن يستبعد ذلك القانون الأجنبي ، المقصود من وراءه تغيير ضابط الإسناد ، جزا لسوء نية أطراف العلاقة القانونية ، عملا بنص المادة 1/24 من القانون المدني الجزائري ، وتماشيا مع القاعدة اللاتينية القديمة و مفادها " الغش يبطل كل شيء" باعتبارها من المبادئ التي استقرا عليها الفقه و القضاء حديثا .

وانطلاقا مما سبق عرضه فإن القاضي الجزائري يؤسس و يدعم حكمه على قاعدة اشتهرت حديثا في مجال تنازع القوانين أطلق عليها "قاعدة الدفع بالغش نحو القانون" في سعيه لإبطال ما ترتب من نتائج تلاعب أطراف العلاقة وتحايلهم على عناصر قاعدة الإسناد الوطنية، وبالتالي إخضاعهم للقانون الواجب التطبيق حقيقة، رغم أن مبدأ عدم جواز الغش في مجالات القانون الأخرى كان مقرا منذ نشأة القوانين الرومانية و اللاتينية قديما. غير أن الدفع بالغش في مجال تنازع القوانين، لم يثبت العمل به، إلا بعد القضية

التاريخية المشهورة في القضاء الفرنسي سنة 1876 وهي قضية الأميرة بوفرمون *princesse de Bouffémont* وهي أول قضية يطبق فيها القضاء الفرنسي هذه القاعدة ثم انتقل الحديث عنها بعد ذلك إلى الفقه وقررت بعد ذلك في التشريع تدريجيا.

وبناء على ما سبق بيانه عرف الفقهاء الغش نحو القانون بعدة تعاريف تقترب من بعضها البعض في معناه العام ، المقصود في مجال تنازع القوانين ، منها قول أحدهم " **الغش** إتخاذ تدبير إداري ، بوسائل تؤدي إلى الخلاص من قانون دولته مختص عادة ، بحكم علاقة قانونية و إحلال قانون دولة أخرى أكثر تحقيقا للنتائج **المتوافاة**"<sup>1</sup> ومنهم من عرفه بأنه "مناقضة قصد الشارع باتخاذ تدابير إدارية مشروعة ولو عن غير عمد للوصول الى نتائج مشروعة"

من خلال هذه التعاريف وغيرها نجد بأن الغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص يتمثل في لجوء أطراف العلاقة القانونية إلى إحداث تغيير في ضابط الإسناد باعتباره أحد العناصر الأساسية لقاعدة الإسناد الوطنية ، مع إقترانه بسوء النية ، لأجل تحقيق نتيجة يترتب عنها إنشاء مركز قانوني متفق مع عبارة النص ومناقض للغرض الحقيقي له ، بغية تلبية رغبات شخصية في إطار القانون المراد الخضوع لأحكامه بحيث لا يمكن تحقيقها في إطار القانون الأصلي الواجب التطبيق لو لم يقع ذلك التحايل فالطرف الذي يلجأ للغش نحو القانون ، ينطلق من استعمال وسيلة مشروعة في ذاتها ، للوصول إلى غاية غير مشروعة وفقا لروح الشريعة و أهدافه.<sup>1</sup>

#### **الفرع الثاني: شروط الدفع بالغش نحو القانون:**

يشترط لإمكان الدفع بالغش نحو القانون عدة شروط، إثنان منهما متفق عليهما فقها و قضاء، و الباقي مختلف فيه الشرطان المتفق عليهما لإعمال الغش نحو القانون هما:  
**الشرط الأول:** لتغيير الإرادي لضابط الإسناد(الركن المادي).

#### **الشرط الثاني:** توافر نية الغش نحو القانون

وأهم الشروط المختلف فيها، اشتراط أن يكون القانون الذي يريد الشخص التهرب من أحكامه هو قانون القاضي ، واشترط أن تكون أحكام القانون الذي الشخص التهرب منها آمرة  
**أ/الشرطان المتفق عليهما للدفع بالغش نحو القانون:**

#### **الشرط الأول: التغيير الإرادي لضابط الإسناد:**

حتى يكون في الإمكان الدفع بالغش نحو القانون ينبغي أن يكون هناك تغيير لضابط الإسناد ،و أن يكون هذا التغيير إراديا فابنسبة لتغيير ضابط الإسناد فلا يمكن تصوره تصويره

<sup>1</sup>دغيش أحمد، الغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بشار ، الجزائر، مجلة المنار للبحوث و الدراسات القانونية، مجلة دولية ، علمية دورية محكمة، العدد الثاني سبتمبر 2017، ص ص 76-78

بالنسبة للضوابط الأخرى التي لا تتوقف عن إرادة الأشخاص كضابط موقع العقار فهو من الضوابط التي تقلت من إرادة الأفراد ، لان العقارات كما نعلم هي أموال لا تقبل النقل من مكان إلى آخر دون تلف.

أما تلك التي تتوقف على إرادة الأشخاص فهي تقبل التغيير فيمكن بالتالي ان نفتح المجال للغش نحو القانون.

ومن الضوابط التي تقبل التغيير ضابط الجنسية بالنسبة للأحوال الشخصية، فيقوم الشخص بتغيير جنسيته للتهرب من القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة لكونه يفرض مانعا يقف حائلا دون تحقيق مصلحته، وقد رأينا كيف أن الأدميرال فرمون للتهرب من أحكام قانون جنسيته التي تمنع التطلاق قامت بتغيير هذه الجنسية و اكتسبت جنسية إحدى الدويلات التي تسمح لها بالتطلاق.

وضابط المواطن بالنسبة للأحوال الشخصية في البلدان التي تجعل قانون المواطن هو القانون الشخصي هو أيضا من الضوابط التي يسهل تغييرها، بل إن تغيير المواطن من تغيير الجنسية.

وضابط موقع المال بالنسبة للمنقولات هو أيضا من الضوابط التي يسهل تغييرها، فيقوم الشخص بتغيير موقع المنقول بنقله إلى بلد آخر من ليفلت من أحكام قانون البلد الأول.

والجدير بالذكر أن تغيير ضابط الإسناد لا يكفي لوحده بل ينبغي أن يكون هذا التغيير إراديا ، بمعنى ان يكون للإرادة دور في عملية التغيير ، ولذلك فإنه لايعتد بالتغيير الذي يطرأ على ضابط الإسناد بشكل لايد للفرد فيه ، كما لتغيير الذي يطرأ على الجنسية نتيجة تبدل السيادة على الإقليم.

ونشير الى ان الغش نحو القانون يمكن ان يتحقق أيضا في البلدان التي تربط الاحوال الشخصية بالدين، فيغير الشخص دينه الذي يمنعه من تعدد الزوجات مثلا و يدخل في دين يسمح له بهذا التعدد.

### الشرطالثاني:توافر نية الغش نحو القانون:

لا يكفي أن يقوم الشخص بتغيير ضابط الإسناد للقول بأن هناك غشا نحو القانون وإنما ينبغي أن يكون هذا التغيير مقترنا بنية الافلات من أحكام القانون المختص أصلا بحكم العلاقة.

يقول الأستاذان " Batiffol et lagarde " بأن هناك غشا نحو القانون لما يكون تغيير القانون، عوض أن يكون مجرد نتيجة عادية لتغيير ضابط الاسناد، يكون هو الهدف المقصود من هذا التغيير.

فالأميرة بوفرمون لما اكتسبت جنسية جديد في ألمانيا كان غرضها هو الحصول على التطبيق لا غير، أما الحماية الدبلوماسية الألمانية وغيرها من الآثار المترتبة على تجنسها فلا تهمها على الإطلاق.

ولما كان الهدف من التغيير هو من الأمور الباطنية فإنه يصعب على القاضي الكشف عنه، وقد دفعت هذه الصعوبة ببعض الفقه إلى التردد في التسليم بفكرة الغش نحو القانون غير أن هذه الصعوبة لم تثن الفقهاء عن الأخذ بهذه الفكرة. وقد ثبت يقينا أنه بالإمكان الكشف عن الباعث في الكثير من الحالات و تعتبر قضية الأميرةبوفرمون خير دليل على ذلك.

### ب/الشروط المختلف فيها للدفع بالغش نحو القانون:

#### الشرط الأول:

-ان يكون القانون الذي يريد الشخص التهرب من أحكامه هو قانون القاضي:

إضافة إلى الشرطين السابقين هناك من الفقه من أضاف شرطا ثالثا هو ان يكون القانون الذي يريد الشخص الإفلات من أحكامه هو قانون القاضي، اما إذا كان قانونا اجنبيا فلا مجال للدفع بالغش نحو القانون في مواجهته ذلك ان مهمة القاضي هي حماية قانونه الوطني بمنع الافراد من مخالفته، ولا يدخل في نطاق هذه المهمة حماية القانون الاجنبي. وقد سار القضاء الفرنسي في البداية في هذا الاتجاه فقد قصر أعمال الغش نحو القانون على الأحوال التي يتهرب فيها الشخص من أحكام القانون الفرنسي. يتفق إتجاه هذا مع ما قلناه لما تعرضنا لطبيعة القانون الاجنبي أن القضاء الفرنسي يعامل القانون الاجنبي معاملة الوقائع.

ونلاحظ أن اتجاها جديدا بدأ يظهر في الوقت الحاضر في القضاء الفرنسي و يميل نحو أعمال الغش نحو القانون في الاحوال التي يتهرب فيها الشخص من القانون الاجنبي المختص أصلا بحكم العلاقة .فقد أعمل مثلا الغش نحو القانون في الحالات التي يكون التهرب من أحكام القانون الاجنبي قد تم لصالح قانون أجنبي اخر ، كما ابطل العقود المبرمة وفقا للقانون الفرنسي نتيجة للغش نحو القانون الاجنبي. واخيرا قد وضعت محكمة النقض الفرنسية في قضية MUNZER من بين شروط إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الاجنبي شرط غياب كل غش نحو القانون. وهذه العبارة تشمل الغش نحو قانون القاضي و الغش نحو القانون الاجنبي.

وقد أيد الفقه الحديث هذا الاتجاه الجديد في القضاء الفرنسي معتبرا أن الغش هو الغش في جميع الحالات وينبغي مطاردته حيث كان.

كما ان التحايل على القانون الأجنبي في حقيقته تحايل على قاعدة الإسناد في قانون القاضي التي أعطت الاختصاص للقانون الأجنبي.

## الشرط الثاني: أن تكون الأحكام التي يريد الشخص التهرب منها آمرة

يرى بعض الفقه ان الغش نحو القانون لا يتحقق إلا إذا كانت أحكام القانون الذي يريد الشخص أن يتهرب منها آمرة أما إذا كانت مكملة فلا يتحقق الغش لأن القواعد المكملة هي قواعد يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها ، فلا يتصور بالتالي التهرب منها. غير أن الفقه الغالب يرى أن الغش نحو القانون يتحقق حتى في الحالات التي يريد فيها الشخص التهرب من أحكام القواعد المكملة للقانون المختص حقيقة بحكم العلاقة ، ذلك أن هذه القواعد لها نفس صفة الإلزام التي للقواعد الآمرة، فهي مثلها لاتطبق إلا إذا توافرت الشروط اللازمة لتطبيقها ومن بين هذه الشروط ألا يتفق الافراد على مخالفتها ، فإذا لم يوجد هذا الاتفاق اعتبر شرط تطبيقها متوافرا ويلزم الافراد بالتالي بحكمها ، وعليه فيها يقوم الشخص بتغيير ضابط الإسناد للتهرب من حكمها فلا ينفى ذلك الصفة الإلزامية عنها ولذلك لا ان تعامل القواعد المكملة معاملة مغايرة لمعاملة القواعد الآمرة .

فالغش يتحقق في كليهما، كما ان الغش هو الغش في جميع الحالات ويجب مطارדתه أينما كان.<sup>1</sup>

## المطلب الثاني: مقارنة الغش نحو القانون بالنظام العام

تعتبر فكرة الغش نحو القانون وكذلك فكرة النظام العام من الافكار التي تمنع تطبيق القانون الاجنبي على النزاع الناشئ عن العلاقة ذات العنصر الاجنبي ومسألة تنازع القوانين هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن أعمال الدفع بالغش نحو القانون يقيد بألا يكون القانون الاجنبي الذي تم الهروب من قواعده مخالفا للنظام العام في دولة القاضي.

كما ان الدفع بالغش نحو القانون يختلف عن الدفع بالنظام العام فيما يلي:

أ/ يتطلب الدفع بالغش نحو القانون أي التحايل على القانون وبالتالي الغش بتغيير

ضابط الإسناد القابل للتغيير من أجل الهروب من قواعده الموضوعية الامرة بينما لايتطلب

<sup>1</sup>أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، مرجع سابق ، ص ص 189-194

الدفع بالنظام العام الغش نحو القانون او التحايل عليه وكل مايتطلبه أن يتعارض القانون المختص مع مقتضيات النظام العام وبالتالي لا يبحث عن الدوافع والأسبابو النيات التي أدت إلى استبعاد القانون الأجنبي بعكس الغش نحو القانون.

ب/الدفع بالغش نحو القانون ينصب على القانون الاجنبي المراد تطبيقه او على قانون

القاضي الذي ينظر في النزاع بينما التمسك بالدفع بالنظام العام لا يكون إلا في مواجهة القانون الذي يخالف النظام العام في دولة القاضي، أي ان النظام العام يمنع تطبيق القانون الاجنبي الواجب التطبيق بحسب قواعد الاسناد من قاضي النزاع بينما الغش نحو القانون يسمح بتطبيق القانون الاجنبي المختص ويمنع تطبيق القانون المصطنع له الاختصاص.

ج/ لا يتطلب الدفع بالغش نحو القانون إذا وقع الغش في قواعد قانون دولة القاضي تطبيق قواعد الاسناد الوطنية بينما يتطلب الدفع بالنظام العام تطبيق قواعد الاسناد من أجل تحديد القانون المختص، وإذا ماتبين أن القانون المختص يخالف مقتضيات النظام العام في دولة القاضي فيتم استبعاده.

د/ التمسك بالدفع نحو القانون يكون الغالب في مرحلة نفاذ الحق بينما التمسك بالدفع

بالنظام العام يكون في مرحلة نشوء الحق.

هـ/ يترتب على الدفع بالغش نحو القانون استبعاد القانون الذي تم الهروب إليه من

أجل سواء أكان قانونا أجنبيا او وطنيا -تطبيقه ، بينما يترتب على مخالفة النظام العام استبعاد القانون المختص و إحلال قانون القاضي محله ولكن يعتقد البعض بأن الدفع بالغش نحو القانون هو أحد الصور القانونية الخاصة من الدفع بالنظام العام وذلك بسبب تقارب وظيفة كل منهما حيث يؤديان الى تحقيق النتيجة نفسها من حيث الآثار وهي تجنب تطبيق القانون الأجنبي رغم ان المفهومين مختلفان تماما من الناحية القانونية و السبب الذي يرجع إلى اعتبار الدفع بالغش هو أحد صور الدفع الثاني هو محاولة تجنب مجموع الانتقادات التي تتعرض لها نظرية الغش نحو القانون لأنها نظرية تبحث في النوايا و الأسباب والدوافع

النفسية للأفراد من أجل استخلاص نية التحايل ، وبالتالي يحاول بعض الفقه إدماج الغش نحو القانون في الدفع بالنظام العام من أجل إعطاء تبرير مقنع للأول.

وعلى ذلك فإن الدفع بالنظام العام يهدف إلى استبعاد المواد القانونية الأجنبية التي يكون موضوعها أو مضمونها متعارضا كلياً أو جزئياً مع الأفكار التي يقوم عليها القانون الداخلي للدولة، وإن أساس الدفع بالغش نحو القانون هو النية في التحايل وذلك عن طريق محاولة التهرب من اختصاص القانون وأن ابرز فرق بينهما يكمن في الدفع بالنظام العام قاصر إلغاء العمل بالقانون الأجنبي من أجل مصلحة القانون الوطني.

ز/ الدفع بالغش نحو القانون بحسب كل من القانون الوطني أو الأجنبي بعكس الدفع

بالنظام العام لا يحمي إلا القانون الوطني قانون القاضي.

قد يكون الدفع بالغش نحو القانون علاقة بالدفع بالنظام العام عندما ينصب على قاعدة أمره في القانون الوطني.<sup>1</sup>

أما عن أوجه التشابه بينهما يكمن في الآتي:

(1) كلاهما وسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق

(2) كلاهما وسيلة لحماية قانون القاضي من تطبيق القانون الأجنبي ووسيلة استثنائية

لعلاج أخير للقاضي عند مواجهة قانون أجنبي

(3) كلاهما يعطي القاضي سلطة تقديرية في البحث والتحري في الموضوع محل النزاع

### المطلب الثالث: اثار الدفع بالغش نحو القانون

يقتصر الأثر المترتب عن الغش في القانون الداخلي على حرمان المتحايل من الاستفادة من

نتيجة تصرفه المشوب بالغش طبقاً لنفس القانون الداخلي، بينما نجد أنه في نطاق تنازع

القوانين يحرم المتحايل من تطبيق القانون المختص عن طريق الغش

<sup>1</sup>مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية ، العدد الأول ، سنة 2020 ، ص ص 51-53

وقد اختلف الفقه حول ما إذا كان أثر الدفع بالغش نحو القانون يمس النتيجة التي سعى

الشخص لتحقيقها فقط (أولاً) ام يمتد ليشمل النتيجة والوسيلة معا (ثانياً).

### أولاً: عدم النفاذ يشمل الوسيلة والنتيجة:

يرى جانب من الفقه ان أثر الدفع بالغش يمتد ليشمل النتيجة و الوسيلة معا، اي يستبعد القانون الذي ثبت له الاختصاص بواسطة الغش عن طريق تغيير الجنسية مثلاً و يطبق القانون المختص مكانه و تلغى الجنسية الجديدة التي اكتسبها الشخص ، ذلك أنه من غير المعقول تجزئة العمل القانوني الواحد من حيث الاعتراف ببعض الآثار ، وهي غير المهمة في نظر الغالب، ولا يعترف ببعض الآخر الذي انصرفت إليه نيته ، لهذا السبب ينبغي تقييم الجزاء ومحو كل أثر لارتكاب الغش .

غير ان هذا الرأي محل انتقادات عديدة أهمها ان الوسيلة التي تم بها نزع الاختصاص عن القانون المختص أصلاً و إثباته لقانون آخر تم اكتسابها بطريقة صحيحة و مشروعة وان الشخص يفترض ان كافة الشروط قد توافرت فيه، و المعقول في هذه الحالة أن الجزاء يكون عدم الاعتراد بالتجنس في القضية التي طرح فيها النزاع فقط.

### ثانياً: عدم النفاذ يقتصر على النتيجة:

يرى جانب آخر من الفقه و هو الراجح بأن أثر الغش يقتصر فقط على عدم نفاذ النتيجة غير المشروعة التي قصد إليها الشخص عندما قام بتغيير ضابط الإسناد دون وسيلة لكونها تمت بطريقة مشروعة، ولان العبرة في التصرف بقصده و غايته ولا داعي للمبالغة في الجزاء ، ومن ثم يكفي أن يرد الغاش عن قصده ، اما الآثار الأخرى الناتجة عن استعمال وسيلة مشروعة فلا تهم في النظر الغاش مادام لم يقصدها، ومن باب اولى ينبغي على القضاء ألا يفرضها عليه ، ولأدل على ذلك هو إكتفاء محكمة النقض الفرنسية في قضية " دي

بوفرمون" سألقة الذكر بعدم الاعتماد بتطليقها تجاه القانون الفرنسي دون ان تقضي ببطلان  
تجنسها بالجنسية الالمانية.

كما أنه مادام الدفع بالغش نحو القانون لاستبعاد القانون الأجنبي يعتبر وسيلة علاج  
احتياطية لحماية قاعدة الإسناد فيجب استعمالها في الحدود التي تحقق هذه الغاية، وعليه  
فعدم نفاذ النتيجة يكفي لحماية قاعدة الإسناد برد اعتبار القانون الذي تم التحايل عليه هو  
محل اختيار قاعدة الإسناد لولا هذا التحايل، فلا حاجة إذن لتتبع بقية الآثار بإبطالها  
وتجدر الإشارة أخيراً بأن أثر الغش لا ينحصر في استبعاد القانون الأجنبي الذي انعقد  
اختصاصه عن طريق الغش حينما قام بتغيير ضابط الإسناد، بل اثر حلولي و استبدالي أي  
ان يحل القانون المختص أصلاً ، سواء كان القانون الوطني ام قانوناً أجنبياً، مكان القانون  
الاجنبي المختص بطريقة الغش ، وهذا ما قرره المادة 24 من القانون المدني كما بينا ذلك  
سابقاً.

-لكن هناك حالات يكون فيها القاضي غير ملزم بتطبيق قواعد القانون الأجنبي، وعليه  
استبعادها لما تكون متعارضة مع النظام العام، وان الاختصاص هذا القانون قد انعقد  
بواسطة الغش.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup>حمزة قتال ، القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص 379-381

## الخاتمة

من خلال ما تقدم بيانه يتبين لنا الدور المهم و الفعال الذي تلعبه موانع تطبيق القانون الأجنبي ، سواء الدفع بالنظام العام او نظرية الغش نحو القانون في حماية الأسس الجوهرية و المبادئ الأساسية المثل العليا لدولة القاضي ، فالنظام العام يعتبر صمام الأمان الذي يحمي تلك الأسس و يمنع تسرب و انفلات القوانين الأجنبية التي تتعارض جذريا مع ذلك ، كما يلعب الغش نحو القانون دورا فعالا أيضا من خلال وقوفه بالمرصاد ضد المتحايلين و منعهم من التلاعب بقواعد التنازع الوطنية بتغيير ضوابط الإسناد بغية التهرب من أحكام القانون المختص أصلا لحكم النزاع.

لكن تجدر الإشارة إلى أنه رغم هذا الدور المهم و الكبير لموانع تطبيق القانون الأجنبي على النحو السالف إلا أنها لا تعدو أن تكون وسيلة استثنائية لتعطيل الأعمال الطبيعي لقواعد الإسناد الوطنية، حيث تبقى دائما الأولوية لتطبيق القانون الذي تشير باختصاصه قواعد التنازع .

وتكمن آلية أعمال هذين الدفيعين في كون أن القاضي المعروف عليه النزاع عندما يعمل قواعد الإسناد في قانونه وتشير باختصاص قانون أجنبي، فإنه لايطبق هذا القانون بصورة آلية، بل يتعين عليه فحص أولا فإذا ماوجد أن أحكامه تتعارض مع المبادئ الجوهرية و الأركان الأساسية و تلك الأسس العامة التي يقوم عليها نظام مجتمع دولته فيكون القانون الأجنبي عندئذ في وضعية

قانونية تتناقض تماما مع تلك المبادئ الأساسية المقدسة في القانون الوطني، وبالتالي يكون قد توافرت الشروط اللازمة لاستبعاد هذا القانون باسم النظام العام والآداب العامة.

كما قد يتضح لدى قاضي النزاع أن اختصاص قانون معين للفصل في النزاع المطروح عليه، نشأ عن طريق تحايل أطراف العلاقة القانونية وتلاعبهم بقاعدة التنازع نتيجة قيامهم بتغيير في ضوابط الاسناد بغية الافلات من أحكام القانون المختص أصلا بحكم هذه العلاقة القانونية ذات العنصر الاجنبي، فيقوم القاضي عندئذ باستبعاد هذا القانون وإعادة الاختصاص للقانون المختص أصلا، وذلك إعمالا لنظرية الغش نحو القانون.

ويترتب على إعمال موانع تطبيق القانون الأجنبي سواء بالنسبة للدفع بالنظام العام أو نظرية الغش نحو القانون أثران مهمان في كليهما ، الأول سلبي يتمثل في استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام في دولة القاضي بالنسبة لحالة الدفع بالنظام العام ، و استبعاد القانون الذي أسند له الاختصاص غشا بالنسبة لحالة الدفع بالتحايل على القانون وفي كلتا الحالتين حدث اختلاف فقهي قابله غياب حسم تشريعي فيما يخص مدى هذا الاستبعاد أيكون كلي أم جزئي بالنسبة للقانون الذي يصطدم مع مقتضيات النظام العام بالنسبة للدفع الأول ، وما إذا كان يتم استبعاد النتيجة غير المشروعة فقط دون الوسيلة المستعملة أم يستبعدان معا بالنسبة للدفع الثاني ، غير أن الراجح هو الاستبعاد الجزئي في الدفع بالنظام العام ، ماعدا حالة ارتباط أجزاءه ارتباطا تتعذر من خلاله التجزئة فلا مفر

عندئذ من الاستبعاد الكلي ، و أما الراجح في الدفع الثاني فهو أن الجزاء يطل  
النتيجة غير المشروعة دون الوسيلة المستعملة ، و يقابل هذا الأثر السلبي أثر  
ثاني إيجابي ملازم له يتمثل في قانون بديل يحل محل القانون المستبعد لتطبيقه  
على العلاقة القانونية محل النزاع، و إذا كان هناك شبه إجماع في تحديد هوية  
هذا القانون بالنسبة لحالة الغش بإحلال القانون المختص أصلا لولم يحدث  
تلاعب بضابط الإسناد ، فإنه حدث اختلاف فقهي كبير حول هوية القانون الذي  
يحل محل القانون المستبعد باعتباره صاحب الولاية العامة وله دور احتياطي  
وكذا لسهولة تطبيقه من طرف القاضي الوطني ، وهو ماذهب إليه المشرع  
الجزائري في **الفقرة 02 من المادة 24** من القانون المدني، هذا ولا تنتهي تلك  
الصعوبات عند هذا الحد حيث قد يخلو قانون القاضي من نص بديل يحكم  
المسألة بعد استبعاد القانون المختص ، او قد تكون القاعدة الموجودة غير  
ملائمة عندئذ على القاضي ان يجد الحل بالرجوع إلى القانون الطبيعي و  
المبادئ العامة للقانون سواء في قانونه أو في القوانين الأجنبية.

# الفهرس

مقدمة.....ص1

الفصل الأول: مدى اعتبار القانون الأجنبي كواقعة.....ص4

المبحث الأول: أثر اعتبار القانون الأجنبي مسألة واقع على إثباته.....ص4

المطلب الأول: دور الخصوم في إثبات مضمون القانون الأجنبي.....ص5

المطلب الثاني: إثبات مضمون القانون الأجنبي يقع على عاتق الخصم الذي

يتمسك بتطبيقه.....ص14

المبحث الثاني: طرق إثبات مضمون القانون الأجنبي ومدى رقابة محكمة

النقض له.....ص23

المطلب الأول: طرق إثبات مضمون القانون الأجنبي.....ص24

المطلب الثاني: رقابة محكمة النقض على تطبيق القانون الأجنبي.....ص29

الفصل الثاني: حالات استبعاد القانون الأجنبي.....ص32

المبحث الأول: استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام.....ص32

المطلب الأول: مفهوم النظام العام وقواعد الإسناد.....ص33

المطلب الثاني: شروط الدفع بنظام العام و القوانين ذات التطبيق

الخاص.....ص42

المطلب الثالث: آثار الدفع بنظام العام.....ص47

المبحث الثاني: الدفع بالغش نحو القانون.....ص55

المطلب الأول: مفهوم الغش نحو القانون.....ص56

المطلب الثاني: مقارنة الغش نحو القانون بالنظام العام.....ص63

المطلب الثالث: آثار الدفع بالغش نحو القانون.....ص66

الخاتمة

# قائمة المراجع

## (1) الكتب

د/الطيب زروتي: القانون الدولي الخاص الجزائري ، الجزء الأول، تنازع القوانين في

ضوء القانون 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 ، طبعة 2010، مطبعة الفسييلة-

الجزائر -

د/ أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص الجزائري ، الجزء الأول تنازع القوانين ، الطبعة

العاشرة ، 2008، دار هومة ، الجزائر .

د/حمزة قتال : القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، دار هومة ،الجزائر 2018.

د/محمد وليد المصري:الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات

العربية و القانون الفرنسي ، دار الثقافة ، طبعة 2009.

د/نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني دار هومة ،

الجزائر 2004.

د/هشام على صادق:مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني-

الإسكندرية 1968.

د/سامي بديع منصور،الوسيط في القانون الدولي الخاص ، بيروت1994.

## 2) الرسائل الجامعية

-**زايير فاطمة الزهراء** بحث أعدا لنيل درجة الماجستير في القانون دولي الخاص بعنوان النظام العام في

النزاعات الدولية المتعلقة بالأحوال الشخصية جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق

والعلوم السياسية 2010-2011

-**أمل صوراني**: بحث أعدا لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي بعنوان تطبيق القانون

الأجنبي أمام القضاء الوطني، كلية الحقوق، جامعة حلب، سنة 2013

## 3) المجالات:

1/- **د/دغيش أحمد**، الغش نحو القانون الدولي الخاص كلية الحقوق والعلوم

السياسية، جامعة بشار، الجزائر. مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية علمية

دورية محكمة، العدد الثاني، سبتمبر 2017

2/- **د/سيد أحمد محمود أحمد**، أستاذ قانون الإجراءات المدنية و التحكم كلية

القانون جامعة الشارقة مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية العدد الأول -السنة

الثانية والستون، يناير 2020 .

## ملخص:

- تتنازع قوانين الدول لحل نزاع، عند وجود الصفة الأجنبية في أحد عناصر المسألة المعروضة على القضاء. والتنازع ليس معناه جذب كل دولة الاختصاص إلى قوانينها لحل ذلك النزاع، بل هو المفاضلة بين تلك القوانين لحل هذا النزاع. لذلك وضعت قواعد الإسناد لكي تشير إلى القانون الأفضل لحل النزاع سواء أكان القانون الوطني أم القانون الأجنبي.

كذلك استقر الفقه والقضاء على اعتبار القانون الأجنبي بمثابة وقائع مادية يقوم الخصوم بإثبات مضمونه وتقديمه للقاضي الذي ينظر المنازعة للحكم فيها بناء على أحكام القانون الأجنبي طالما لا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو النظام العام والآداب.

وضعت الدول العربية قواعد الإسناد داخل القوانين الموضوعية مثل القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية، ومنها من أفرد لقواعد الإسناد قانون خاص بشأن تطبيق القانون الأجنبي داخل الدولة، مثل دولة الكويت أما المملكة العربية السعودية فهي لا تطبق داخل أراضيها إلا القوانين الوطنية حتى لو كان يحتوي النزاع على عنصر أجنبي.

لقد أجاز المشرع الجزائري للقاضي الوطني تطبيق قواعد القانون الأجنبي إذا أشارت قواعد الإسناد لذلك وجاء ذلك في بعض مواد القانون المدني من المادة 09 إلى 24 إذا كانت العلاقة تتضمن عنصر أجنبي غير أن القاضي الوطني قد يمتنع عن تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد الإسناد في حالتين هما:

1- التعارض مع قواعد النظام العام والآداب العامة وهي الأسس والقيم الجوهرية التي يقوم عليها كيان المجتمع الجزائري.

(2- حالة الغش في القانون من قبل أحد الأطراف من أجل التغيير في قواعد الإسناد وتفاذي القانون الأجنبي الواجب التطبيق فعلا.

## Résumé:

-laws of states are contested to resolve a dispute, when there is a foreign character in one of the elements of the matter before the judiciary. Conflict does not mean that every country attracts Juriscitation to its lans to resolve this conflict. Rather it is the comparisonbetween those lauds to solve this conflict. therefore, the rules of attribution were established to indelicate the best law for resolving the conflict, whether it is national law or foreign law.

Juris prudence was also established and the judiciary was established , considering foreign law as material facts the litigants prove its content and submit it to the judge who considers the dispute to rule on it a according to the provisions of foreign law as long as they do not violate the provisions of Islamic sharia or public order and morals.

Arab countries have established rules of attribution within subs andante laws such as the civil law and the personal status law and among then are those who single out the rules for attribution a special law regarding the application of foreign law within the state, such as the state of Kuwait, as for the kingdom of Saudi Arabia ,it does not apply within its territory except national lauvs, even if the dispute contains a foreign element.

The Algerian legislator has given the right to the national lawyer to use the bases of the foreign law if these bases of control have signed to that which are written in the articles from 09 to 24 in the civil lwa ,but the national

law may be forbidden from the use of this law in two cases:

- 1- The confusion with the general system and general ethics, these bases and ethics, which the Algerian society is based on.
- 2- The case of fraud in law from one side in order to change these bases and to avoid the use of foreign law.